Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Juristen-Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Hugo Goldberg

Referendar in Hildesheim.

1904.

Buchdruckerei Seb. Foppen Bonn a. Rh.

Meinen Eltern

in Liebe und Dankbarkeit!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0134

Inhaltsübersicht.

Literaturverzeichnis.

I. Abschnitt: Grundlagen.

§ 1. Einleitung.

§ 2. Historische Entwicklung und Rechtslage bis zum B.G.B.

§ 3. Begrenzung der Aufgabe.

II. Abschnitt: Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung als Entscheidung des Vormundschaftsgerichts.

§ 4. Der Rechtscharakter der Entscheidung.

§ 5. Die positive Gestaltung des sog. „formellen Genehmigungsrechts."

§ 6. Die Bedeutung der Entscheidung für die Vertretungsmacht des Vormundes.

III. Abschnitt: Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft.

§ 7. Allgemeines.

§ 8. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und das einseitige Rechtsgeschäft.

§ 9. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Verträgen.

§ 10. Die Bedeutung eines wesentlichen Irrtums des genehmigenden Vormundschaftsrichters für das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft und die Frage nach der Rückwirkung der Genehmigung.

§ 11. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung im Grundbuchverkehr.

Literatur-Verzeichnis.

Anschütz: Deutsches Staatsrecht. In Holtzendorff-Kohler's Encyclopädie Bd. II. 1903.

Bernhardi: Handwörterbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1899.

Birkenbihl: Die freiwillige Gerichtsbarkeit. Kommentar 1900.

Bluntschli: Deutsches Privatrecht. 1864.

Böhm: Das Vormundschaftsrecht des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1897.

Breit: Zur Lehre von der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung im Centralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat. IV. Jahrgang.

Busch's: Zeitschrift für deutschen Civilprozess.

Centralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat herausgegeben von Lobe.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Auflage.

Crome: System des bürgerlichen Rechts.

Dernburg: Pandekten. V. Aufl. 1896.

Dernburg: Das bürgerliche Recht. Bd. III. 1898.

Dernburg: Das Vormundschaftsrecht der preussischen Monarchie 1875, auch die III. Aufl. bearbeitet von Schultzenstein. 1886. Citiert Dernburg bezw. Dernburg-Schultzenstein.

Deutsche Juristenzeitung.

Dorner: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Kommentar. 1899.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 7. Aufl. 1900. Bd. I. in 8 Aufl.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. 1900.

Förster-Eccius: Preussisches Privatrecht VI. Aufl. Bd. IV.

Fuchs: Das deutsche Vormundschaftsrecht. 1899.
Fuchs: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der willigen Gerichtsbarkeit. 1900.
Glässing: Die öffentlichrechtliche Natur des deutschen Vormundschaftsrechts. Im Archiv für öffentliches Recht. Bd. XVI. 1901.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Hesse: Deutsches Vormundschaftsrecht. Kommentar 1900.
Jahrbuch des deutschen Rechts herausgegeben von Neumann Bd. II. 1904.
Juristische Wochenschrift.
Kraut: Die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts. Bd. I-III. 1835 ff.
Kuhlenbeck: Von den Pandekten zum B.G.B. Bd. III.1901.
Lehmann-Ring: Kommentar zum H.G.B.
Oberneck: Das Reichsgrundbuchrecht 1900.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. IV. 1901., auchBd.I.
Rausnitz: Kommentar zum Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.
Recht, Das. Zeitschrift.
Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen. Erste Lieferung 1898.
Regelsberger: Pandekten Bd. I.
Rudorff: Das Recht der Vormundschaft aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten entwickelt. Bd. I-III 1832 ff.
Seuffert: Kommentar zur Civilprozessordnung 1901 ff.
Seuffert: Ratihabition. 1868.
Sintenis: Das praktische gemeine Civilrecht. Bd. III.1851.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1900.
Sydow-Busch: Civilprozessordnung. 1902.
Wach: Handbuch des deutschen Civilprozessrechts. Bd. I.
Wellstein: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. 1899.

Weissler: Das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Willenbücher: Das Liegenschaftsrecht des B.G.B. und die Reichsgrundbuchordnung 1904.

Windscheid-Kipp: Pandekten. 8. Aufl. Bd. I. und III.

NB. Die benutzten Aufsätze in den genannten Zeitschriften sind jeweils in den Anmerkungen citiert.

NB. Die Motive zum B.G.B. sind in der amtlichen Ausgabe, die Protokolle II. Lesung in der Bearbeitung von Achilles, Gebhard und Spahn benutzt.

Entscheidungen.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamte.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Johow's Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.

Mugdan - Falkmann: Rechtsprechung der Oberlandesgerichte seit 1900.

Seuffert's Archiv.

Ausserdem sind einige im „Centrablatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariat" und in der „Deutschen Juristenzeitung" veröffentlichte Entscheidungen benutzt.

Erster Abschnitt.

Grundlagen.

§ 1.

Einleitung.

„Die bürgerliche Gesellschaft ist die ungeheure Macht, die den Menschen an sich reisst, von ihm fordert, dass er für sie arbeite, dass er alles durch sie sei und vermittelst ihrer tue. Soll der Mensch so ein Glied der bürgerlichen Gesellschaft sein, so hat er ebenso Rechte und Ansprüche an sie, wie er sie in der Familie hatte. Die bürgerliche Gesellschaft muss ihr Mitglied schützen, seine Rechte verteidigen, so wie der Einzelne den Rechten der bürgerlichen Gesellschaft verpflichtet ist." (Hegel.)

Es liegt im Begriffe des „Rechts," dass auch der Rechte haben kann, der sie nicht selbst zu gestalten und zu wahren vermag. Die Erfüllung der damit an die Rechtsordnung gestellten Forderung ist wohl mehr als auf irgend einem andern Rechtsgebiete der Kultur und Gestaltung der Staatsidee adaequat.

Bis zur Erfüllung der in dem Hegel'schen Satze gestellten Forderung verläuft eine lange Entwicklung. Das älteste römische und deutsche Recht finden starke Familienverbände, die gens und die Sippe, welche die Fürsorge für die ihrer nicht in väterlicher Gewalt stehenden Angehörigen übernehmen, denen durch Natur und Rechtsnorm die „Verkehrsfähigkeit" abgeht.

Der nächste Agnat des Fürsorgebedürftigen ist zur Fürsorge (tutela, cura; muntschaft) ohne Weiteres berufen; für eine Einwirkung des Staates ist kein Raum; „er betrachtet es nicht als seine Aufgabe, für die hülflosen Glieder des Gemeinwesens zu sorgen."[1])

Diesen Standpunkt verlässt das römische Recht zuerst mit der lex Atilia und den ihr verwandten leges (ca. 200 v. Chr.); sie geben dem Prätor bezw. den Provinzialstatthaltern das Recht, einen tutor zu bestellen, wenn Gesetz oder Testament keinen solchen bestimmt. Der römische Staat ist seiner Aufgabe bewusst geworden. Seit diesen leges ist die Tendenz des römischen Rechts eine gleichmässige Steigerung der Staatstätigkeit auf dem Gebiete vormundschaftlicher Fürsorge. Die Entwicklung ist in der klassischen Kaiserzeit vollendet. Das Recht der justinianischen Kodifikation hat schon den Grundsatz Jnst. 1,25 pr.: „nam et tutelam et curam placuit publicum munus esse."[2]) Der Vormund ist im Prinzip selbständig; die Oberaufsicht über seine Verwaltung — an ihr hatte es in der ältesten Zeit ganz gefehlt — ist Aufgabe der Staatsverwaltung.

Gleichartig ist die Entwicklung des germanischen Rechts. Seit dem Vorkommen der königlichen Gewalt findet sich ein subsidiärer „Königsschutz" für alle die, welche des Familienschutzes entbehren. Eine Oberaufsicht über den Vormund findet sich zwar von Anbeginn — anders als im ältesten römischen Recht —; sie ist aber Sache der Sippe. Dies ändert sich seit dem Erstarken des Königtums unter den Karolingern; es „wurde der Königsschutz unter ihm über seine ursprünglichen Grenzen hinaus insofern erweitert, dass er den Familienschutz nicht mehr bloss ersetzte, sondern in Rücksicht der wehr-

[1]) Dernburg, § 2.
[2]) vergl. auch die bei Rudorff, Bd. I, S. 3 angef. Quellenstellen.

losen Leute sich neben denselben stellte, sodass diese nun ganz allgemein, sie mochten einen Familienschutz haben oder nicht, unter dem Schutze des Königs standen."[3])

Bei gleicher Tendenz des römischen und deutschen Rechts ist es natürlich, dass die Rechtsentwicklung nach der Reception dem Prinzip „Vormundschaft ist Staatssache" immer mehr Ausdruck verlieh. In der Reichspolizeiordnung von 1548 Tit. 31 § 2 findet sich denn auch in der Bestimmung, „dass ein jeglicher Vormünder, er sei gleich in Testamentsweis' verordnet oder durch das Recht und den Richter gegeben, der Vormundschaft sich nicht unterziehen solle, die Verwaltung sei ihm denn zuvor durch die Obrigkeit decernieret und befohlen," zuerst principiell ausgesprochen, dass alle vormundschaftliche Fürsorge und Gewalt dem Staate zusteht und die des Vormundes lediglich eine abgeleitete ist.

Die Rechtsentwicklung ist zu einem Princip gelangt, das eine notwendige Folge der Zersetzung der Familienverbände und der Isolierung des Individuums, der Grundlagen der modernen Kultur darstellt, einem Princip, das, mag man seine Auswüchse auch immerhin beklagen und das „Vordrängen staatlicher Fürsorge vom sittlichen Standpunkte keineswegs als einen Fortschritt bezeichnen,"[4]) „in der Hauptsache wohl als ein Fortschritt der neueren Rechtsbildung betrachtet werden kann."[5])

„Es ist eine der wichtigsten legislatorischen Fragen, wie weit die Obervormundschaft[6]) gesteigert werden soll."[7])

[3]) Kraut, I § 9 vgl. auch die dort angeführten Quellenstellen.
[4]) Kuhlenbeck, Bd. I, S. 164.
[5]) Bluntschli. § 225, 3.
[6]) Der Ausdruck „Obervormundschaft" als Inbegriff der Staatstätigkeit auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts findet sich erst ziemlich spät. Das römische Recht entbehrt eines solchen Ausdruckes ganz. cfr. Kraut. I. § 9.
[7]) Windscheid-Kipp. Bd. III. § 432, Anm. 2.

Die Lösung dieser Frage ist von den Partikularrechten verschieden versucht worden.

Das A.L.R., das schon durch seine systematische Stellung des Vormundschaftsrechtes sich zu dem Grundsatze „Vormundschaft ist Staatssache" bekennt, enthält dessen schädliche Uebertreibung. Es geht nicht an, den Schwerpunkt der vormundschaftlichen Verwaltung in eine noch dazu kollegialische Staatsbehörde zu verlegen und den Vormund gewissermassen zu einem Beauftragten des Vormundschaftsgerichts zu degradieren.

Von diesem Fehler hat sich das Vormundschaftsrecht des code civil freigehalten; bemerkenswert ist ausserdem sein Versuch, der Familie wieder einen gewissen Einfluss auf die gesammte Vormundschaftsführung dadurch zu sichern, dass er den nordfranzösischen coutumes folgend die Führung der Obervormundschaft einem aus dem Friedensrichter und Familienmitgliedern bezw. Familienfreunden zusammengesetzten conseil de famille übertrug.

Die durch das A.L.R. statuierte Regelung des Vormundschaftswesens war zwar unpraktisch, die Erledigung der Geschäfte langsam und schwerfällig, doch zeigten sich bis zur Mitte den neunzehnten Jahrhunderts keine eigentlichen Misstände, insbesondere wurde die „Absicht, das Vermögen des Mündels gegen Veruntreuung zu sichern, im Ganzen erreicht, wenn auch mit unverhältnismässigen Opfern."[8]) Der insbesondere seit den 70er Jahren rapid steigenden Verkehrsentwicklung war jedoch das Vormundschaftsrecht des A.L.R. nicht gewachsen. Man schritt deshalb noch vor der in Aussicht genommenen Kodifikation des bürgerlichen Rechts zur Reform. Das Werk der Reform, die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875, entspricht durchaus den Verkehrsbedürfnissen. Sie befreite die Vormundschaftsführung von dem schwerfälli-

[8]) Dernburg. § 5.

gen Verwaltungsmechanismus; sie gab dem Vormunde, was dem Vormunde gebührt, principielle Selbständigkeit. Andererseits bewahrte sie die Errungenschaft einer zweitausendjährigen Rechtsentwicklung; der Gedanke, dass die höchste Schutzgewalt dem Staate gebühre, die des Vormunds nur eine abgeleitete sei, durchzieht wie ein roter Faden das ganze Gesetz. Glücklich reformierend scheidet sie dagegen principiell die Tätigkeitsgebiete der unmittelbaren Staatsorgane, der Vormundschaftsgerichte und des Vormunds.

Das bürgerliche Gesetzbuch folgt bei der principiellen Teilung der vormundschaftlichen Gewalten durchaus dem bewährten Vorbilde der preussischen Vormundschaftsordnung.

Das heutige Vormundschaftsrecht ist ein Teil einer Kodifikation, die sich schon durch ihren Titel „Bürgerliches Gesetzbuch" als eine privatrechtliche bezeichnet.

Ist das Vormundschaftsrecht, insbesondere in seiner heutigen Ausgestaltung überhaupt Privatrecht?

Es ist traditionell als Teil des Privatrechts in Gesetz und Wissenschaft behandelt worden, so auch im B.G.B. Es wäre jedoch ein Fehlschluss, wenn man schliessen wollte: —, der Gesetzgebung des Reiches untersteht nach art. 4 Ziffer 13 der Rechtsverfassung principiell uneingeschränkt — vom Straf- und Prozessrecht abgesehen — nur das bürgerliche Recht; das Vormundschaftswesen ist ohne Veränderung der Verfassung reichsrechtlich geregelt; also ist das Vormundschaftsrecht Privatrecht.'[9])

Die systematische Stellung einer Rechtsmaterie kann für ihre Zuteilung an das öffentliche oder bürgerliche Recht nicht entscheidend sein; diese bestimmt sich vielmehr nach dem Inhalt und der Tendenz ihrer Normen.

---

[9]) Das A.L.R. behandelt in II. 18 das Vormundschaftsrecht als Teil des öffentlichen Rechts.

„Ist für eine Rechtsnorm das Interesse der Einzelnen das zunächst bestimmende, so gehört sie dem privaten, ist für sie das Interesse der Gesamtheit das massgebende, so gehört sie dem öffentlichen Recht an."[10])

Doch auch mit dieser Definition ist für die Klassifizierung des Vormundschaftsrechts wenig geholfen, „denn es handelt sich," wie Dernburg alsbald fortfährt, „nicht um scharfe Gegensätze." Denn das Wohl des Einzelnen und das des Ganzen sind auf das engste verbunden. Ob das eine oder das andere bei einer Rechtsnorm überwiegt, ob sie also privatrechtlich oder öffentlichrechtlich ist, dies ist oft schwer zu bestimmen, da nur ein Mehr oder Weniger in Frage kommt. Es kann sogar dieselbe Rechtsnorm in das öffentliche und in das private Recht einschlagen."

Dies gilt insbesondere vom Vormundschaftsrecht, das in gleicher Weise den vitalsten Interessen des Einzelnen und der Gesamtheit dient.

Setzt man das Kriterium in die actio bei Verletzung der Rechtsnorm, so muss man das Vormundschaftsrecht dem öffentlichen Recht zuteilen. Wie kann es ein „subjektives Privatrecht auf Vormundschaft" geben, die den Erwerb von subjektiven Rechten erst ermöglicht?

Die Privatwillkür auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts ist mit seiner Entwicklung immer mehr zurückgedrängt worden; im heutigen Rechte ist für sie fast gar kein Raum mehr. (cfr. §§ 1852-1856 gegenüber § 1857 B.G.B.)

Mag man den wohlbegründeten Standpunkt Glässing's,[11]) dass das Vormundschaftsrecht des B.G.B. öffentliches Recht sei und sogar ein subjektives Recht auf Vormundschaft bestehe, teilen oder nicht — dies hängt von den

[10]) Dernburg, Pandekten Bd. I. § 21.
[11]) Archiv für öffentliches Recht. Bd. 16.

Ausgangspunkten der Betrachtung ab — so ist doch insbesondere für das moderne Vormundschaftsrecht und das Recht des B.G.B. festzuhalten:

> Das Vormundschaftsrecht ist ein System eigenartiger die Erfüllung einer Staatsaufgabe bezweckender Normen verwaltungsrechtlicher Natur; die allgemeinen Kategorien des Privatrechts sind daher für seine Konstruktion nur insoweit zu verwenden, als das ausdrücklich angeordnet ist.

Die Ausübung der Staatshoheitsrechte auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts überweist das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Amtsgerichten als „Vormundschaftsgerichten."[12]) Das neue Recht folgt in der Angliederung der Vormundschaftsbehörde an dies ordentliche Gericht dem früheren, insbesondere preussischen, Recht, das sich historisch dadurch erklärt, „dass in den älteren Zeiten die gerichtlichen Behörden überhaupt die ordentliche Obrigkeit bildeten und deshalb ausser der eigentlichen Gerichtsbarkeit auch noch manche andere Zweige der öffentlichen Gewalt zu verwalten hatten."[13]) Für den Charakter der Tätigkeit des „Vormundschaftsgerichts" ist dessen Organisation ohne Bedeutung; die Tätigkeit des Amtsrichters als Vormundschaftsrichters die des Verwaltungsbeamten.[13*])

Das neuere Recht hat dem Vormundschaftsgericht eine wesentlich organisatorische, beaufsichtigende und leitende Funktion zugewiesen.

Der Vormund ist nach dem Rechte des

---

[12]) Von dem in art. 147 E.G. zum B.G.B. gemachten Vorbehalt haben Württemberg, Mecklenburg und Hamburg Gebrauch gemacht.

[13]) Kraut Bd. I § 10.

[13*]) Ueber Nachteile der Verquickung richterlicher und Verwaltungstätigkeit cfr. Bluntschli. S. 683.

B.G.B. im Prinzip selbständig; bei ihm ruht die Ausübung der eigentlichen vormundschaftlichen Verwaltung.

Wie die Tätigkeit des Vormundes rechtlich zu charakterisieren ist, ist streitig.

Folgt man der Auffassung Glässing's,[14]) „so bilden die Funktionen des Vormunds ein öffentliches Amt, das kraft seiner besondern Organisation weder zu den Ehrenämtern noch den Staatsämtern im engsten Sinne, in letzterer Hinsicht wegen der „Beamten"frage, gehört. Es nimmt eine Mittelstellung ein und nähert sich durch die Gleichheit des staatsamtlichen Inhalts in jeder Hinsicht dem obervormundschaftlichen Amte, mit dem es im Falle des Familienrates oder besonderer landesrechtlicher Organisation die nicht berufsmässige Stellung des Obervormunds bezw. der Mitglieder der obervormundschaftlichen Behörde gemeinsam haben kann."

Wie Glässing bereits andeutet, hängt die Entscheidung der Frage — wie die nach der Rechtsnatur des Vormundschaftsrechts überhaupt — von den Ausgangsdefinitionen ab.

Sie ist richtig, wenn man der allgemeinen Definition beitritt, die „als Staatsdienst im weitesten Sinne jedes organschaftliche Handeln für das Gemeinwesen"[15]) ansieht.

Nach Rehm[16]) versieht der Vormund ein privates im Gegensatz zum öffentlichen Amt .

Wie dem auch sei: jedenfalls wird dem Vormunde durch seine Bestellung eine Staatsaufgabe, ein an sich dem Staate zustehender Komplex von Obliegenheiten, zur principi-

[14]) a. a. O. S. 444.
[15]) Anschütz in Holtzendorff-Kohlers Encyclopädie Bd. II. S. 587.
[16]) cit. bei Glaessing S. 438.

ell selbständigen Wahrnehmung überwiesen.[17])

Seine Stellung gegenüber der staatlichen Behörde, dem Vormundschaftsgericht, findet ein Analogon in dem Verhältnis der Selbstverwaltungskörper zu den staatlichen Aufsichtsbehörden.[18])

Dies Verhältnis ist festzuhalten bei der Betrachtung des im B.G.B. und F.G.G. detailliert ausgestalteten Instituts „der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung", durch das das Vormundschaftsgericht einen weitgehenden Einfluss auf den wichtigsten Teil der vormundschaftlichen Verwaltung, den rechtsgeschäftlichen Verkehr des Vormundes, ausübt.

§ 2.

Historische Entwicklung und Rechtslage bis zum B.G.B.

Den ersten Versuch einer unmittelbaren Einwirkung auf die Verwaltung des Vormundes macht das zum Bewusstsein seiner Aufgabe gelangte römische Recht durch das auf eine oratio des Kaisers Septimius Severus erfolgte senatusconsultum vom Jahre 195 n. Chr., dessen einschlägige Stelle[19]) lautet:

„Praeterea, patres conscripti, interdicam tutoribus et curatoribus, ne praedia rustica vel suburbana distrahant, nisi, ut id fieret, parentes testamento vel codicillis caverint, quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus, vir claissimus, adeatur qui pro sua religione aestimet, quae potius praedia alienari obligarive debeant manente pupillo

[17]) Ueber die Selbständigkeit des Vormunds. Schlecht bei Grünhut Bd. 28 S. 754 ff.

[18]) Anders die bei Böhm S. 68 Anm. 2 angeführte Schrift von König.

[19]) Die oratio behandelte auch sonst das Vormundschaftsrecht.

actione, si postea potuerit probari obreptum esse praetori, si communis res erit et socius ad divisionem provocet aut si creditor, qui pignori agrum a parente pupilli acceperit, jus exsequetur, nihil novandum esse censeo."

Die Entwicklung setzt ein mit einem principiellen Veräusserungsverbote zunächst landwirtschaftlich genutzter Grundstücke, die in Rom als vorzüglichste und sicherste Kapitalanlage galten.[20])

Der Gedanke, dass konservative Erhaltung, nicht spekulative Veränderung, die Aufgabe der Verwaltungsführung des Vormunds sei, ist für die ganze spätere Rechtsentwicklung bestimmend gewesen. Die Geschichte der Staatstätigkeit auf diesem Gebiete ist daher in erster Linie eine Geschichte der Veräusserungsverbote.

Der Gedanke der oratio Severi wurde durch Rechtswissenschaft und Gesetzgebung, insbesondere durch eine lex Constantins fortgebildet; die Gesetzgebung zur Zeit Justinians steht auf dem Standpunkte, dass grundsätzlich „die Veräusserung aller zur Substanz des Vermögens gehörigen konservierbaren, nicht ganz geringfügigen Sachen"[21]) verboten ist.

Das Verbot der oratio Severi ist nicht ausnahmslos. Wenn das übrige Vermögen des Mündels zur Deckung der Schulden nicht ausreicht, ist unter vorheriger Autorisation des Praetors die Veräusserung von Grundstücken gestattet.

Die Autorisation des Praetors ist jedoch nur sekundäres Element.

Die Ausdehnung des Veräusserungsverbots trägt den Keim der Fortbildung des Instituts in sich. Immerhin hat

[20]) Dernburg, Pandekten. Bd. III § 50.
[21]) Dernburg, eodem.

das römische und nach herrschender Ansicht auch das gemeine Recht[22]) bis in die jüngste Zeit daran festgehalten, dass Voraussetzung der Erteilung des gerichtlichen Dekretes die Notwendigkeit der Veräusserung ist.

Fehlt eine der Voraussetzungen der gültigen Veräusserung, die Notwendigkeit oder das Dekret, so ist sie nichtig; die Erteilung des Dekretes heilt also nicht etwa den Mangel der „Notwendigkeit". Nichtigkeit tritt auch ein, wenn etwa des Dekret durch Angabe unwahrer Tatsachen erschlichen oder ohne die vorgeschriebene vorherige Sachuntersuchung erteilt ist.

Ein absolut sicherer Schutz des Mündels wurde zwar erzielt, jedoch auf Kosten der Verkehrssicherheit.

Eidliche Bestärkung des Veräusserungsvertrages durch den geschlechtsreifen Mündel heilte dessen Nichtigkeit, eine durch mittelalterliche Verquickung von Recht und Religion geschaffene Anomalie.[23])

Das deutsche Recht,[24]) welches seinen gesetzgeberischen Ausdruck in der Reichspolizeiordnung von 1577 Tit. 32 § 3 gefunden hat, nachdem der Vormund in seinem Eide zu versprechen hatte,

„dass er die Güter nicht in seinen eigenen Nutzen kehren und wenden, noch dieselbigen ohne Vorwissen, Erkenntnuss und Dekret der Obrigkeit veräussern, verpfänden oder beschwehren,"

folgt den Grundsätzen des römischen Rechts. Einen Fortschritt bilden einige deutsche Partikularrechte des 17. und 18. Jahrhunderts. Sie gestatten die Veräusserung insbesondere von Immobilien, abgesehen von der Notwendigkeit, auch „im Falle augenscheinlichen," „merklichen",

---

[22]) cfr. Windscheid-Kipp III § 441. Sintenis Bd. III § 149. Anderer Ansicht Kraut Bd. II. S. 145 siehe auch Anm. 25.

[23]) Dernburg. Pand. I. S. 121 bestreitet die Geltung der Auth. Frid. I., Sacramenta puberum für das neuere gemeine Recht.

[24]) Siehe Kraut. Bd. II S. 144 ff.

„besondern Nutzens" und bei „eintretenden besonderen Umständen."[25])

Die Aufgabe des starren römischen Dogmas ist eine Vorstufe zu der Umgestaltung des Instituts der „Veräusserungsverbote"zu dem modernen der„vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung," denn es liegt nahe, von der gesetzlichen Fixierung der zur Gültigkeit eines Veräusserungsgeschäftes neben dem Dekret der Vormundschaftsbehörde erforderlichen Voraussetzungen gänzlich abzusehen und die Entscheidung der Zweckmässigkeitsfrage dem pflichtmässigen Ermessen der Vormundschaftsbehörde zu überlassen.

Diese Entwicklung ist jedoch erst verhältnismässig spät vor sich gegangen. Das A.L.R. II, 18 §§ 555, 563; österr. G.B. § 232; sächs. G.B. § 1943; weimar. Ges. v. 27. März 1872, § 53 brem. Vorm. O. § 74; hamburg. Vorm. O. art. 42; württemb. Notariatsgesetz vom 14. Juni 1843 art. 21; code civil art. 457; stehen im Wesentlichen noch auf dem Standpunkte der Kodifikationen des 17. und 18. Jahrhunderts; erst die preussische Vormundschaftsordnung wirkte auf diesem Gebiete reformierend.

Es ist bisher in Rücksicht auf die Entstehung des Rechtsinstituts im Interesse der Einheitlichkeit der Darstellung nur die Rede gewesen von der Mitwirkung der Vormundschaftsbehörde bei Veräusserung des Mündelvermögens. Die Partikularrechte, im besondern Masse das A.L.R.[26]) fordern jedoch das Dekret mit Rücksicht auf die Bedeutung der Geschäfte auch bei obligatorischen Verträgen (Miet -und Pachtvertrag, Darlehnsaufnahme, Uebernahme fremder Verbindlichkeiten etc.), Verträgen,

[25]) Siehe Kraut. Bd. II S. 145, 146. Kraut nimmt auch an, dass dies gemeines Gewohnheitsrecht geworden sei.

[26]) Ueber die Streitfrage, ob mangels ausdrücklicher Vorschrift die Verletzung der Vorschrifren über die Genehmigung Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts zur Folge hatte, siehe Dernburg § 21.

die den Mündel zu einer Arbeitsleistung verpflichten, Rechtsgeschäften familien- und erbrechtlicher Natur und zur Prozessführung. Im einzelnen herrscht hinsichtlich der Ausdehnung der Erfordernisses der Genehmigung bei den Partikularrechten eine grosse Mannigfaltigkeit.[27])

§ 3.

Begrenzung der Aufgabe.

I. Der modernen Rechtsanschauung widerstrebt die Ausstattung der Herrschaftsrechte auf dem Gebiete des Familienrechts mit unbeschränkter Machtfülle im Sinne der altrömischen manus und patria potestas. Im höheren Sinne sind beide Schutzgewalten;[28]) insbesondere ist auf dem Gebiete des Eltern- und Kinderrechts die dem Gewalthaber verliehene Macht überwiegend Mittel zum Zweck der tatsächlichen und rechtlichen Fürsorge für den Minderjährigen. Dies gilt rein auf dem Gebiete des eigentlichen Vormundschaftsrechts und des Rechts der Beistandschaft.

Das Recht des Individuums geht dem des Gewalthabers vor. Daher darf in gewissen Fällen von besonderer Bedeutung auch die letzte Entscheidung der Zweckmässigkeitsfrage nicht beim Gewalthaber ruhen.

Nach neuem Recht ist die Staatsbehörde, die in solchen Fällen der Interessenkollision den Ausschlag zu geben hat, das Vormundschaftsgericht.

Die Fälle[29]), in denen das Vormundschaftsgericht in dieser Weise tätig wird, liegen grösstenteils auf dem Ge-

[27]) Eine detaillierte Darstellung des Rechtszustandes vor dem B.G.B. findet sich in Bd. III der Motive zum B.G.B.

[28]) Planck in der Reichstagsrede vom 4. Februar 1896: „das deutsche Recht fasst dieses Recht des Vaters als eine Schutzgewalt im Interesse des Kindes auf."

[29]) Eine erschöpfende Aufzählung findet sich bei Bernhardi S. 370, 371.

biete des ehelichen Güterrechts, teilweise auch auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts in weiteren Sinne.

In diesen Fällen, in denen das Vormundschaftsgericht eine „Einwilligung", „Ermächtigung", „Genehmigung" ersetzt — ein Sonderfall ist der des § 1358 B.G.B. — und analog der Tätigkeit des Prozessgerichts bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet, ist seine Tätigkeit verschieden von der Zwecktätigkeit, die es als Ausüber der obervormundschaftlichen Staatsgewalt im Interesse der schutzbedürftigen nicht geschäftsfähigen Personen entwickelt.

Nur soweit bei dieser Tätigkeit seine Genehmigung in Frage kommt, ist sie Gegenstand der folgenden Untersuchung.

II. Das materielle Recht der vormundschaftsgerichtlichen Genehmgung ist ex professo im ersten Titel des dritten Abschnittes des Familienrechts des B.G.B. sub II behandelt. Einzelne Vorschriften finden sich ausserdem zerstreut im übrigen Familienrecht, im allgemeinen Teil und im Erbrecht des B.G.B. und verschiedenen andern Reichsgesetzen.[30])

Das Verfahren bei Erteilung der Genehmigung ist im Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit geregelt; die Landesgesetzgebung ist jedoch befugt, da das R.F.G.G. nicht als Kodifikation gegenüber dem Landesrecht erscheint, ergänzende Normen zu erlassen[31]).

III. Die das Erfordernis der Einholung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung normierenden Paragraphen des B.G.B. sind verschieden formuliert.

In den §§ 1810. 1823 ist bestimmt, dass der Vormund

[30]) C.P.O. § 612, § 642 Abs. 2; Z.V.G. § 181. Abs. 2; R.G. vom 1. Juni 1870 über den Erwerb und Verlust der Bundes- und Staatszugehörigkeit § 14a, neu eingefügt durch E. G. zum B.G.B. art. 41; Börsengesetz § 58, Abs. 3.

[31]) Dorner; Kommentar. S. XII und XIII.

die Anlegung von Mündelgeld beim Fehlen eines Gegenvormundes nur mit „Genehmigung" des Vormundschaftsgerichts bewirken, bezw. nicht ohne „Genehmigung" des Vormundschaftsgerichts ein neues Erwerbsgeschäft im Namen des Mündels beginnen oder ein bestehendes Erwerbsgeschäft des Mündels auflösen soll.

Der Katalog der genehmigungpflichtigen Rechtsgeschäfte in den §§ 1821, 1822 B.G.B. wird eingeleitet durch die Worte: „Der Vormund bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu . . . ."; § 1812 bestimmt wieder anders: „Der Vormund kann über eine Forderung . . . . . nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts (Gegenvormundes) verfügen."

Diese Verschiedenheit der Terminologie ist nicht zufällig, wie die Entstehungsgeschichte des Gesetzes ergiebt.

IV. Der Gebrauch des Wortes „Sollen" giebt nach der streng durchgeführten Terminologie des B.G.B. einer Norm den Charakter einer sogen. Soll- oder Ordnungsvorschrift. Verletzung des Gebotes ist — unbeschadet etwaiger sonstiger Folgen — ohne Bedeutung für den vorgenommenen Rechtsakt.

So giebt das B.G.B. dem Vormund vielfach Direktiven, wie er seine Verwaltung führen, welche Geschäfte er eingehen und welche er nicht eingehen soll; cfr. §§ 1806, 1809 B.G.B.

Den Charakter einer Direktive hat es denn auch nur, wenn das B.G.B. vorschreibt, dass der Vormund etwas nicht ohne oder nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts tun soll; cfr. §§ 1810, 1823, B.G.B.

Die Verletzung dieser Normen, die sich lediglich an den Vormund wenden, hat nach aussen keine Wirkung; sie berührt nicht die volle Gültigkeit des unter Verletzung der „Sollvorschrift" vorgenommenen Geschäfts. Da es sich nur um eine Ordnungsvorschrift handelt, ist auch

der böse Glaube des Gegenkontrahenten ohne Bedeutung; der Ankauf von Wertpapieren gemäss §§ 1806-1808 ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts oder Gegenvormunds ist also ein rechtsgültiger Kauf mit allen Wirkungen, mag auch der Verkäufer um das Fehlen der Genehmigung gewusst haben.

Der Rechtscharakter der Vorschrift bringt es mit sich, dass — abgesehen von Privatpersonen — auch keine Behörde berechtigt ist, nach dem Vorhandensein der Genehmigung zu forschen; insbesondere hat der Registerrichter den Mündel, wenn der Vormund in seinem Namen ein neugegründetes Handelserwerbsgeschäft betreibt, in das Handelsregister einzutragen, selbst wenn feststeht, dass der Betrieb des Handelsgewerbes ohne „Genehmigung" oder sogar entgegen der Verfügung des Vormundschaftsgericht erfolgt.[32])

Die „Genehmigung" in den vorgenannten Fällen kann nur vor der Vornahme der Rechtshandlung erfolgen; das Gegenteil ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich bestimmt, ergiebt sich jedoch aus dem Rechtscharakter der Vorschriften.

Die Nichtbeachtung dieser Normen hat auch für die Ersatzpflicht des Vormunds an und für sich keine Bedeutung; sie kann lediglich Bedeutung haben für die Prüfung der Schuldfrage; andererseits vermag die Erteilung der Genehmigung den Vormund nicht unter allen Umständen zu decken, ihre Verweigerung sein entgegengesetztes Verhalten nicht immer zu einem kulposen zu machen.[33])

[32]) Breit führt in seiner Abhandlung S. 392 als Beispiel an, dass der Grundbuchbeamte, wenn der Vormund Mündelgeld nach § 1807 Abs. 11 anlege, den Eintrag zu vollziehen habe, auch wenn die gerichtliche Genehmigung ihm nicht nachgewiesen werde. Dies ist richtig, kann jedoch als Beispiel nicht in Frage kommen, weil es lediglich eine Konsequenz des im § 19 R.G.B. O ausgesprochenen Grundsatzes ist.

[33]) Anders anscheinend Breit a. a. O. S. 392.

Von der Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts bei Erteilung der „Genehmigung" ist weiter unter zu handeln.

Va. Der Abschluss der im Interesse des Mündels erforderlichen Rechtsgeschäfte kann in der Weise erfolgen, dass dem Dritten als Kontrahent der Vormund gegenübertritt, der dann den Effekt des Rechtsgeschäfts durch eine weitere Rechtshandlung auf den Mündel überträgt. Diese Art der Vermittlung wird vorzugsweise dann Platz greifen, wenn es dem Dritten gleichgültig ist, mit wem er abschliesst, wie im Barverkehr, oder, wenn dem Vormund die Uebernahme der persönlichen Haftung wenig ausmacht, wie hauptsächlich bei den kleinen Geschäften des täglichen Kreditverkehrs.

Es ist jedoch möglich und bei den grösseren Geschäften durchaus üblich, dass als Vertragspartei der Mündel unmittelbar erscheint. Dies wird bewirkt durch die dem Vormunde kraft Gesetzes zustehende Vertretungsmacht, § 1793 B.G.B.

Diese Vertretungsmacht beruht lediglich auf dem Gesetze;[34]) das Verhältnis ist nicht etwa so aufzufassen, als ob der Staat durch die Bestellung dem Vormunde die Vertretungsmacht erteile; sie ist vielmehr principiell untrennbar mit dem Amte des Vormunds verbunden; nur sein Amt, nicht die Vertretungsmacht, erwirbt der Vormund durch seine Bestellung.

„In allen diesen Fällen (der gesetzlichen Vertretung) ist die Vertretungsmacht nur eine Seite des betreffenden Verhältnisses: daher wenn letzteres besteht, zugleich von selbst mit gegeben. Eine Selbständigkeit der Vertretungsmacht von dem zu Grunde liegenden Innenverhältnis be-

---

[34]) Dernburg-Schultzenstein S. 126: Der Vormund hat eine selbstständige in Recht und Gesetz begründete Befugnis zum Schutz und zur Vertretung des Mündels.

steht also nicht. Daher ist über die Begründung, das Erlöschen und den näheren Umfang der Vertretungsmacht hier nichts besonderes zu sagen. Alle diese Dinge bestimmen sich nach dem Inhalte der elterlichen Gewalt, Vormundschaft etc."[35])

Der Selbständigkeit des Vormundes[36]) entspricht seine im Princip unbeschränkte Vertretungsmacht[37]); soweit nicht im Gesetz ausdrücklich etwas anderes normiert ist, vermag der Vormund selbständig durch seine Rechtsgeschäfte den Mündel zu berechtigen und zu verpflichten. Der Mündel haftet unbeschränkt persönlich für die hiernach durch seinen Vormund eingegangenen Verbindlichkeiten, gleichgültig, ob ihre Eingehung in seinem Interesse notwendig oder nützlich war oder nicht.[38])

Da der Anspruch des Mündels gegen seinen Vormund wegen schuldhafter Schädigung des Mündelsvermögens wegen dessen Vermögenslosigkeit häufig ein nudum jus sein kann, hat das Gesetz für eine Anzahl besonders wichtiger Geschäfte dem Mündel einen absolut wirksamen Schutz verliehen. Dies ist geschehen durch Einschränkung der Vertretungsmacht des Vormundes.[38*])

Dass das Gesetz dem Vormunde die unbeschränkte Vertretungsmacht entziehen will, drückt es aus durch die Worte: „Der Vormund kann nicht ohne Genehmigung des Gegenvormundes etc.", „der Vormund bedarf der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts": §§ 1812, 1821, 1822. B.G.B. Durch diese Bestimmungen wird die Genehmigung des Gegenvormundes und des Vormundschafts-

---

[35]) Crome I S. 466.
[36]) Siehe oben § 2.
[37]) Siehe auch Motive zum B.G.B. Bd. IV. S. 1153.
[38]) Siehe darüber und über abweichende Ansichten namentlich Böhm S. 110; spez. Anm. 2.
[38*]) Siehe Motive zum B.G.B. Bd. IV. S. 1136.

gerichts zu einem Faktor der gültigen Vornahme des Rechtsgeschäfts gemacht; dem Vormund allein ist das „rechtliche Können" zu dessen selbständiger Vornahme entzogen.[39])

Das Erfordernis dieser „Genehmigung" stellt sich dar, gleichgültig, wie man diese rechtlich charakterisieren will, als eine Ausnahme von dem Princip der unbeschränkten Vertretungsmacht

b. Der Charakter gewisser Rechtsgeschäfte als höchstpersönlicher bedeutet eine weitere Einschränkung oder richtiger Ausnahme von dem Princip der unbeschränkten Vertretungsmacht, da die Natur der Rechtsgeschäfte überhaupt ihre Vornahme durch einen Vertreter verbietet.

Nicht voll geschäftsfähige Personen von der Vornahme gewisser höchstpersönlicher Rechtshandlungen gänzlich auszuschliessen, widerspräche den Bedürfnissen des Lebens, denen das Recht dienen soll.

Den Geschäftsbeschränkten verleiht deshalb die Rechtsordnung für gewisse Geschäfte die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit.[40]) Bei anderen Geschäften wird die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu den Willenserklärungen des Geschäftsbeschränkten erfordert. Dem Grundsatz der Höchstpersönlichkeit widerstreitet zwar diese Regelung, doch geschieht — abgesehen von den Ausnahmefällen der §§ 1728 und 1750 B.G.B. — nichts gegen den Willen des Mündels.

Die Rechtspolitik erfordert, auch Geschäftsunfähigen die Vornahme gewisser höchstpersönlicher Geschäfte zu ermöglichen. Der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit muss in diesen Fällen, da die Rechtsordnung einen rechtlich

---

[39]) Siehe auch Breit a. a. O. S. 393 und die Motive Bd. IV. an verschiedenen Stellen.

[40]) Siehe den erschöpfenden Katalog bei Bernhardi a. a. O. S. 45.

beachtlichen Willen nicht anerkennt, völlig aufgegeben werden; ausnahmsweise ist das auch bei Geschäftsbeschränkten unter 14 Jahren zugelassen; vergl. §§ 1728; 1750 B.G.B.

Dem gesetzlichen Vertreter wird also für diese Geschäfte eine Vertretungsmacht verliehen, allerdings nur eine beschränkte, denn die Natur dieser Geschäfte verlangt eine besondere Kautel, nach bürgerlichem Rechte die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. „Sie soll ersetzen, was der Verzicht auf Höchstpersönlichkeit aufgiebt."[41])

IV. Die Darstellung der Fälle, in denen der gesetzliche Vertreter — der Vormund oder der Inhaber der elterlichen Gewalt — zur wirksamen Vornahme eines Rechtsgeschäfts der „Genehmigung" bedarf, ist nicht Aufgabe dieser Arbeit.

Sedes materiae sind die §§ 1812; 1821, 1822 B.G.B.

Die Vorschriften sind normiert mit Rücksicht auf die Vertretung durch einen Vormund als Regelfall; wesentlich eingeschränkt ist der Umfang der genehmigungsbedürftigen Geschäfte, wenn der Inhaber der elterlichen Gewalt der gesetzliche Vertreter ist. (§ 1643. B.G.B.)

VII. Die folgende Abhandlung hat es auch nicht zu tun mit der Beantwortung der Frage: Ist die „Genehmigung" des Gegenvormundes ein obrigkeitlicher Akt oder eine „Privatwillenserklärung"?, die mit Rücksicht auf den § 1832 B.G.B. verschieden beantwortet worden ist. Gegenstand der Untersuchung ist lediglich die vormundschaftgerichtliche Genehmigung als Entscheidung des Vormundschaftsgerichts und deren Bedeutung für das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft.

Geregelt ist die Materie durch §§ 1828-1831 B.G.B.

[41]) Breit a. a. O. S. 396, der diese Fälle ausführlich behandelt.

und das Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

Dass sich insbesondere für die materiellrechtliche Bedeutung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung in allen Fällen, in denen das B.G.B. und die Nebengesetze sie verlangen, einheitliche Normen aufstellen lassen, kann nach der ganzen Anlage der Kodifikation nicht bezweifelt werden, ebensowenig, dass es gleichgültig ist,[42]) ob in concreto der gesetzliche Vertreter — künftighin wird mit Rücksicht auf den Regelfall des B.G.B. der Einfachheit halber nur vom Vormunde die Rede sein — selbst handelt oder nach Art der römischen auctoritatis interpositio zu dem von dem beschränkt Geschäftsfähigen abgeschlossenen Geschäfte seine Zustimmung erteilt.

[42]) Ueber die Möglichkeit eines Einwandes siehe Breit a. a. O. S. 398.

Zweiter Abschnitt.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung als Entscheidung des Vormundschaftsgerichts.

§ 4.

Der Rechtscharakter der Entscheidung.

Das B.G.B. hat für die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts beim rechtsgeschäftlichen Verkehre des Mündels, die nach gemeinem Rechte im „decretum" ihren Ausdruck fand, an der Bezeichnung der preussischen Vormundschaftsordnung „vormundschaftsgerichtliche Genehmigung" festgehalten. Aus dieser Bezeichnung kann jedoch nicht auf ihren Rechtscharakter geschlossen werden.

Das B.G.B. differenziert den Begriff der rechtsgeschäftlichen Zustimmungserklärung in „Einwilligung" — vorherige Zustimmung — und „Genehmigung" — nachträgliche Zustimmung —; B.G.B. § 182 ff.

Das Vormundschaftsrecht des B.G.B. kennt nicht den Oberbegriff einer „vormundschaftsgerichtlichen Zustimmung;" seine Verfügungen sind immer „Genehmigungen," gleich, ob sie dem zu genehmigenden Rechtsgeschäfte vorausgehen oder nachfolgen.

Dass diese Terminologie nicht zufällig ist oder gar auf einem Redaktionsversehen beruht, ergeben die Protokolle zweiter Lesung Bd. IV. S. 799:

„Der Anregung, eine gleiche Unterscheidung — von „Einwilligung" und „Genehmigung" — auch für die Fäl-

le zu machen, in welchen die Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts zu dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts gesetzlich vorgeschrieben sei, gab die Mehrheit nicht Folge.

Erwogen wurde:

Wenn das Vormundschaftsgericht in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen bei dem Abschluss eines Rechtsgeschäfts des Vormundes mitwirke, so gebe es keine rechtsgeschäftliche Erklärung ab, sondern nehme einen obrigkeitlichen Akt vor.

Es sei dagegen nicht nötig, hier die gleiche terminologische Unterscheidung wie im allgemeinen Teile zu machen."

Ist diese in der Kommission ausgesprochene Bemerkung über die Rechtsnatur der „Genehmigung" begründet?

Zweck und Ziel allen Vormundschaftsrechts[43]) ist Interessenvertretung, einseitige Vertretung der Mündelinteressen. Diese charakterisiert insbesondere die Tätigkeit der obervormundschaftlichen Staatsbehörde. Das Vormundschaftsgericht ist Staatsbehörde, es vertritt die Interessen der Gesamtheit, doch diese Interessen fordern, dass auf dem Gebiete des eigentlichen Vormundschaftsrechts die Mündelinteressen parteiisch gewahrt werden, allein ausschlaggebend seien für alle Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts.

Diese Art der Vertretung von Privatinteressen durch den Staat findet sich auf keinem andern Rechtsgebiete.

Nimmt nun vollends der Vormundschaftsrichter teil an der unmittelbaren Gestaltung einzelner Rechte und Pflichten des Mündels, wie das das B.G.B. durch das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung zum

[43]) Siehe § 1 oben.

wirksamen Abschluss bestimmter wichtiger Rechtsgeschäfte verlangt,[44]) so kann es beim Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung im Gesetze im ersten Augenblick zweifelhaft erscheinen, ob in diesen Fällen der Mündel durch Vormund und Vormundschaftsgericht gemeinschaftlich nach den Grundsätzen der Vertretung zur gesamten Hand vertreten wird, oder ob eine Vertretung durch das Vormundschaftsgericht nicht anzunehmen ist und sich die „Genehmigung" als „obrigkeitliche Handlung" darstellt.

Dass der Gedanke an eine Vertretung des Mündels durch die Staatsbehörde nicht gar so absonderlich ist, wie es manchem erscheinen mag, beweist das Vormundschaftsrecht des A.L.R. „Nach dem System des A.L.R. flossen die Mündelgelder, soweit sie nicht zu laufenden Ausgaben bereit zu halten waren, in die gerichtliche Depositalkasse. Es geschah dann auch die zinsbare Belegung der Gelder, welche für die Bedürfnisse des Mündels entbehrlich waren, durch das Vormundschaftsamt und auf seinen Namen aus dem Generaldepositorium, wenn der Vormund nicht eine andere Art der Belegung beantragte.

Wenn auch die Ausleihung auf den Namen des General-Depositoriums erfolgte, so wurden doch die einzelnen Guthaben den Beteiligten zugeschrieben, sodass man auch annahm, die einzelnen Posten ständen auf Rechnung und Gefahr, ja im Eigentum derer, welchen sie gutgeschrieben waren. Entsch. des O. Trib. Bd. 31. S. 78."[45])

Die Entscheidung ergiebt sich aus der Betrachtung der einschlägigen Normen; unterziehen wir sie daraufhin einer Prüfung.

Die Stellung des Vormunds zum Vormundschaftsgericht im Falle der Verweigerung der „Genehmigung"[46]) spricht

[44]) Siehe § 3. Va oben.
[45]) Dernburg, V.R. § 76; siehe auch Förster-Eccius Bd III § 229.
[46]) Beschwerderecht des Vormundes §§ 19, 20 F.G.G.. Näheres über seine Begründung unten § 5.

nicht gegen sondern gerade für die Annahme einer Vertretung zur gesamten Hand; sie findet ihr Analogon in der Stellung zweier Mitvormünder zu einander, welche den Mündel gemeinschaftlich vertreten.[47]) Verweigert hier ein Vormund die Genehmigung eines von seinem Mitvormund abgeschlossenen Rechtsgeschäftes, so entscheidet ebenfalls die übergeordnete staatliche Behörde, das Vormundschaftsgericht; B.G.B. § 1797 Satz 2.

Es ist auch recht wohl eine Gesamtvertretung denkbar, ohne dass alle Vertreter den „Rechtsakt in unmittelbarer Gemeinsamkeit"[48]) vornehmen. Zum wirksamen Abschluss eines Vertrages würde es genügen, wenn ein Vertreter den Vertragsinhalt mit einem Dritten vereinbart und die übrigen durch mündliche Erklärung oder konkludente Handlungen dem Vertrage beitreten. Erforderlich ist aber in diesen Fällen, dass sämtliche Vertreter mit ihren Willenserklärungen sich unmittelbar an die andere Vertragspartei wenden, dass sie nach aussen wirklich als Kontrahenten hervortreten; „die Zustimmung darf nicht ein Internum der Kollektivberechtigten bleiben."[49]) Nun bestimmt § 1828 B.G.B., dass das Vormundschaftsgericht seine Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte nur dem Vormunde gegenüber erklären kann. Dem, welcher mit dem Vormund abgeschlossen hat, darf die Genehmigung durch das Vormundschaftsgericht nicht mitgeteilt werden; erfolgt entgegen diesen Vorschriften eine Mitteilung, so ist sie ohne rechtliche Bedeutung.[50])

Das Vormundschaftsgericht ist an seine Entscheidung erst gebunden und darf sie nicht mehr abändern, wenn der

[47]) B.G.B. § 1797. Fuchs S. 92 Böhm S. 76.
[48]) Staub, Kommentar. Bd. I S. 206 Anm. 10.
[49]) Staub. a. a. O.
[50]) Wegen der näheren Begründung siehe Abschn. III.

Vormund die Gegenpartei von der erfolgten Genehmigung in Kenntnis gesetzt hat; so lange dies nicht erfolgt ist, kann das Gericht seinen Beschluss abändern, auch wenn dem § 1828 zuwider die Gegenpartei unmittelbar benachrichtigt wäre. § 1829 B.G.B. §§ 18,55 F.G.G.

Dass diese Regelung mit dem Wesen einer Vertretung zur gesamten Hand und allgemein einer rechtsgeschäftlichen Erklärung nicht verträglich ist, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung.[51])

Die herrschende Meinung sieht in Uebereinstimmung mit der oben entwickelten Ansicht in der Verfügung des Vormundschaftsgerichts, durch welche es ein Rechtsgeschäft genehmigt, keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung sondern einen Staatsakt, einen Verwaltungsakt, eine Aeusserung des Staatswillens, des Trägers der höchsten vormundschaftlichen Gewalt, durch den Richter als sein Organ. Diese Ansicht, die durch gelegentliche Aeusserungen in den Motiven und in der Kommission für die zweite Lesung gestützt wird, dürfte die zutreffende sein. Zu ihrer Begründung kann man nur nochmals auf die Regelung des Verhältnisses zwischen Vormund und Vormundschaftsgericht und auf die negative Feststellung hinweisen, dass eine Vertretung des Mündels durch das Gericht nicht anzunehmen ist.

Die hiermit gegebene rechtliche Charakteristik der vormundschaftsrichterlichen Genehmigung ist nicht allein von theoretischem Interesse, wie man allerdings nach der Bedeutung, welche die Schriftsteller auf dem Gebiete des Vormundschaftsrechts ihr beimessen,[52]) annehmen muss,

---

[51]) Endemann II,2 (3. –5. Aufl.) S. 596. Planck Bd. IV. S. 563. Windscheid-Kipp. Bd. III. S. 156. Fischer-Henle Anm. 3 zu § 1829 Breit. a. a. O. S. 4473. Schmid im Centralbl. für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat Bd. III. S. 266; sämtl. ohne nähere Begründung.

[52]) Siehe zum B. Breit a. a. O. S. 401. 402; anders Schmid a. a. O. S. 267. Anm.

sondern hat auch praktischen Wert. Die meisten Schriftsteller sprechen ihr freilich die praktische Bedeutung ab, indem sie die Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Genehmigung bezw. Einwilligung auf die „Genehmigung" des Vormundschaftsgerichts analog anwenden. Sie gehen dabei aus von zwei Stellen der Motive:

1. Motive zum B.G.B. Bd. 1. 245, 246.

„In dem Entwurfe finden sich nicht wenige Vorschriften, welche die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts davon abhängig machen, dass ein anderer im Voraus in die Vornahme desselben einwilligt und nachträglich das vorgenommene Rechtsgeschäft genehmigt. In Betracht kommen die Rechtsgeschäfte, ... hinsichtlich deren ein Vertreter der Zustimmung eines weiteren Organes — Vormundschaftsgericht, Gegenvormund — bedarf"; „die gegenwärtige Vorschrift bezweckt durch Aufstellung gewisser allgemeiner Grundsätze über die Rechtsgeschäfte der vorherigen Einwilligung und der Genehmigung Einzelbestimmungen entbehrlich zu machen und Lükken zu vermeiden."

2. Motive Bd. IV. S. 1153:

„Da die zu einem Rechtsgeschäfte erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts insofern, als sie Vertretungsmacht des Vormunds zu beschränken bezweckt, denselben Charakter hat, wie die zu einem Rechtsgeschäfte des Mündels erforderliche Einwilligung oder Genehmigung des Vormunds, so muss die Analogie dahin führen, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts im Princip und im Allgemeinen dieselbe rechtliche Bedeutung beizulegen, welche nach den Vorschriften des § 65 Abs. 3-6 (heute §§ 107, 108) der Einwilligung bezw. der Genehmigung des Vormunds zu einem Rechtsgeschäfte des Mündels zukommt, cfr. auch preuss. Vorm. Ordnung § 46."

Aus dem Zwecke und aus der Wirkung in einer Richtung einen Schluss auf die allgemeine rechtliche Behand-

lung der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu ziehen, deren von der rechtsgeschäftlichen Genehmigung grundverschiedene Natur gewissermassen incidenter noch festgestellt wird, ist nicht logisch.

Da die von der rechtsgeschäftlichen verschiedene Rechtsnatur der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für uns feststeht,rechtfertigt sich nicht die nur auf die Motive gestützte analoge Anwendung der für jene geltenden Vorshriften ;vielmehr ist im Einzelfalle zu untersuchen,ob eine solche Behandlung aus besonderen Gründen berechtigt ist.

Praktische Bedeutung hat dies namentlich für die Frage nach der Bedeutung eines Irrtums des genehmigenden Vormundschaftsrichters und nach der Rückwirkung der vormundschaftsrichterlichen Genehmigung. Hierüber wird unter im Abschn. III. zu handeln sein.

§ 5.

Die positive Gestaltung des sogen. „formellen Genehmigungsrechts."[53])

I. Das F.G.G. § 55 bezeichnet die Entscheidung des Gerichts, „durch welche die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte erteilt oder verweigert wird." als „Verfügung." Das Gesetz spricht ausserdem noch von „Entscheidungen" und „Beschlüssen," ohne einen sachlichen Unterschied der verschieden bezeichneten Handlungen des Gerichts festzulegen. Gemeinsamer Oberbegriff für alle Entscheidungen des mit Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit befassten Gerichts ist die „Handlung,"[54]) sodass auch die für diese normierten allgemeinen Vorschriften auf die Genehmigungsverfügung des Vormundschaftsgerichts Anwendung finden.

[53]) Breit a. a. O. S. 473.
[54]) Dorner, Kommentar. S. 109.

II Die „Genehmigung" ist eine der vielen Funktionen des Vormundschaftsgerichts; zuständig ist daher für ihre Erteilung oder Verweigerung das ordentliche Vormundschaftsgericht, in der Regel dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk der Mündel zu der Zeit, zu welcher die Anordnung der Vormundschaft erforderlich wird, seinen Wohnsitz, oder in Ermangelung eines inländischen Wohnsitzes seinen Aufenthalt hat.[55]) (§§ 35, 36. F.G.G.)

Die Normierung der örtlichen Zuständigkeit hat jedoch nur den Charakter einer Ordnungsvorschrift; jede von einem deutschen Vormundschaftsgericht — Amtsgericht oder landesgesetzlich eingesetzte Vormundschaftsbehörde — ordnungsmässig erlassene Genehmigungsverfügung hat die volle Wirkung einer solchen für das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft, ebenso die die Verweigerung der Genehmigung aussprechende Verfügung; (§ 7. F.G.G.).

Dieselbe Bedeutung hat die Verletzung der Vorschriften des § 6 leg. cit. über die Ausschliessung des Vormundschaftsrichters vom Richteramte.[56]) Nach diesen Vorschriften ist der Vormundschaftsrichter in der Lage, ein von ihm selbst mit dem Vormunde als Vertreter des Mündels abgeschlossenes Rechtsgeschäft rechtswirksam zu genehmigen. Diese Folgerung überrascht. Eine analoge Anwendung des § 181 B.G.B., an die man denken könnte, verbietet sich jedoch mit Rücksicht auf den Charakter der Genehmigung als eines obrigkeitlichen Akts. Das Ergebnis ist jedoch nicht so unbefriedigend, wie es im ersten Augenblick erscheinen mag, da trotz der Genehmigung der Vormund es in der Hand hat, ob er das Rechtsgeschäft

---

[55]) Ueber besondere Fälle siehe § 36 F. G. G. Satz 2 ff., sowie die Anm. Dorners und Wellsteins (Kommentar) zu diesen Paragraphen.
[56]) Siehe § 7 und Anm. Dorners.

perficieren will oder nicht;[57]) allerdings wird durch die Vorschrift des § 7 leg. cit. eine zum Schutze des Mündels im rechtsgeschäftlichen Verkehr gegebene Kautel illusorisch gemacht.[58])

Lehnt das angerufene Vormundschaftsgericht eine Entscheidung über einen Antrag auf Erteilung der Genehmigung wegen Unzuständigkeit ab, so ist die ordenliche Beschwerde an das Landgericht gegeben.[59])

III. Den Regelfall bildet es, dass das Vormundschaftsgericht erst in die der Beschlussfassung vorausgehende Sachuntersuchung, die causae cognitio des gemeinen Rechts eintritt, wenn es vom Vormunde um die Erteilung der Genehmigung ersucht wird, der Vormund, wie es in der Praxis meistens lautet, einen Antrag auf Genehmigung gestellt hat. Das B.G.B. hat jedoch den Antrag nicht zu einem „materiell-rechtlichen Erfordernis"[60]) gemacht; es ist nirgends gesagt, dass eine Genehmigung des Vormundschaftsgerichts keine wirksame Genehmigung darstelle, weil ihr kein ordnungsmässiger Antrag vorausgegangen sei. Eine derartige Regelung würde auch dem Geiste des Vormundschaftsrechtes des B.G.B. widersprechen, das insbesondere für die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts principiell die Offizialmaxime aufstellt. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist deshalb keine Verfügung, die nur auf Antrag erlassen werden kann. § 18. F.G.G.[61])

Breit[62]) behauptet, dass das Gericht, wenn der Antrag auch nicht materiellrechtliche Verfügungsvoraussetzung sei, in die causae cognitio nur auf entsprechenden

[57]) Darüber unten § 6.
[58]) Im Ergebnis übereinstimmend Breit a. a. O. S. 596.
[59]) Ueber das Beschwerderecht siehe unten am Schlusse des Paragraphen.
[60]) Dorner. S. 131.
[61]) Dorner. S. 131, Breit. S. 475, Schmid a. a. O. S. 271.
[62]) Breit. S. 475.

Antrag eintreten solle. Dieser Satz ist m.E. in seiner Allgemeinheit nicht richtig. Die unmittelbare Geschäftsführung ist freilich nicht Sache der Obervormundschaftsbehörde, doch würde es m. E. eine vom Gesetz nicht gewollte unzweckmässige Beschränkung ihrer Tätigkeit bedeuten, wenn man ihr nicht das Recht einräumen wollte, auf irgend eine Anregung hin die Zweckmässigkeit eines Rechtsgeschäfts zu prüfen und gegebenen Falles den Abschluss dem Vormunde nahezulegen. Dies ist umsomehr anzunehmen, als sich das Gesetz einer ausdrücklichen Statuierung der Sollvorschrift, die es in einigen Fällen trifft,[63]) für unsern Fall enthalten hat.

Unter dem Gesichtspunkte einer „Anregung" ist auch der „Antrag" des Mündels auf Genehmigung zu betrachten; es bleibt dem pflichtmässigen Ermessen des Vormundschaftsgerichts im Einzelfalle überlassen, ob es auf diese „Anregung" in eine Sachuntersuchung eintreten will oder nicht.

Ein wirkliches Antragsrecht des Mündels, das dem Vormundschaftsrichter die Verpflichtung auferlegt, in eine causae cognitio einzutreten und dem Mündel einen Bescheid zukommen zu lassen, folgert Dorner[64]) aus der Bestimmung des § 59 F.G.G.:

„Ein unter elterlicher Gewalt stehendes Kind oder ein unter Vormundschaft stehender Mündel kann in allen seine Person betreffenden Angelegenheiten ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters das Beschwerderecht ausüben. Das Gleiche gilt in Angelegenheiten, in denen der Mündel vor einer Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gehört werden soll.

Diese Vorschriften finden auf Personen, die geschäfts-

---

[63]) Siehe § 56. F.G.G.
[64]) Kommentar S. 291.

unfähig sind oder nicht das vierzehnte Lebensjahr vollendet haben, keine Anwendung."

Die Schlussfolgerung aus dem Beschwerde- auf das Antragsrecht ist nicht notwendig, auch bieten die Vorarbeiten des Gesetzes zu ihr keinen Anhalt. Die Vorschrift des § 59 leg. cit. ist aus der richtigen Erwägung entsprungen, dass es zweckmässig sei, in den erwähnten wichtigen Angelegenheiten dem mit einem bestimmten Grade von Verstandsreife begabten Mündel einen gewissen Einfluss auf die Gestaltung seiner Rechtsverhältnisse zu verschaffen; auf ein Antragsrecht des Mündels kann jedoch aus dieser Vorschrift schon um deswillen nicht geschlossen werden, weil die Entscheidung über die Vornahme des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts auch im Falle der Erteilung der Genehmigung Sache der freien Entschliessung des Vormunds sein würde.[65])

Ebenso ist die Frage nach einem Antragsrecht desjenigen zu beantworten, der mit dem Vormund ein genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft abgeschlossen hat oder abschliessen will. Das B.G.B. behandelt die Genehmigung hinsichtlich ihrer Erteilung als Internum des Vormundschaftsgerichts und des Vormunds. Nur für den Vormund ist die Genehmigung zunächst ihrem Inhalte nach bestimmt; nur durch Bekanntmachung an ihn wird sie wirksam (§§ 16 F.G.G. § 1822 B.G.B.); die etwa aus Versehen oder Gefälligkeit erfolgte Mitteilung der Genehmigung an den Gegenkontrahenten ist ohne rechtliche Bedeutung.[66])

„Von einer Seite (in der Kommission für die zweite Lesung des B.G.B.)wurde die Frage aufgeworfen, ob nicht auch dem Dritten gestattet sein müsse, die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts mit der Wirkung nach-

[65]) Im Ergebnis übereinstimmend Breit S. 479.
[66]) Ebenso Breit S. 476, 477.

zusuchen, dass das Vormundschaftsgericht ihm gegenüber die Genehmigung erteilen könne und die ihm gegenüber erfolgte Genehmigung die Wirksamkeit des Vertrags zur Folge habe. Von mehreren Seiten wurde die Frage mit der Begründung verneint, dass das Vormundschaftsgericht es in der hier fraglichen Beziehung nur mit dem Vormunde zu tun habe. Dem Dritten sei es natürlich unbenommen, die Erteilung der Genehmigung beim Vormundschaftsgericht anzuregen. Ein Anrecht, einen Bescheid zu erhalten, habe er jedoch nicht und ebenso wenig habe er ein Beschwerderecht wegen verweigerter Genehmigung.[67])"

Diese Aeusserung bestätigt unsere Auffassung.

Breit[68]) stellt den Satz auf, dass die „Anregung" des Gegenkontrahenten nur einen bereits vorliegenden Antrag des gesetzlichen Vertreters unterstützen könne, der Richter aber weder berechtigt noch verpflichtet sei, auf einen blossen Antrag hin in eine causae cognitio einzutreten.

Diese Ansicht vermag ich aus dem oben bei der Betrachtung des „Antragsrechts" des Mündels angegebenen Gründen nicht zu teilen. Auch hier muss die Entscheidung von dem pflichtmässigen Ermessen des Vormundschaftsrichters im Einzelfalle abhängig gemacht werden.

IV. Findet das Gericht nach Vorstehendem genügende Veranlassung, so tritt es in die causae cognitio ein. Das hierbei zu beobachtende Verfahren ist dem Gericht durch § 12 F.G.G. vorgeschrieben; es gilt entsprechend dem Charakter der Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts absolute Inquisitionsmaxime.

„Das Gericht hat von Amtswegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittelungen zu ver-

---

[67]) Protokolle Bd. IV. S. 798; siehe auch Motive Bd. IV. S. 1154.
[68]) S. 477 a. a. O.

anstalten und die geeignet erscheinenden Beweise aufzunehmen. § 12 F.G.G."

„Das Vormundschaftsgericht soll vor der Entscheidung über die zu einer Handlung des Vormundes erforderliche Genehmigung den Gegenvormund hören, sofern ein solcher vorhanden und die Anhörung tunlich ist. § 1826. B.G.B."

Der § 1827 B.G.B. gebietet unter gewissen Umständen die Anhörung des Mündels; nach § 1847 leg. cit. sollen vor der Entscheidung über die Genehmigung auf Antrag, in wichtigen Fällen[69]) auch ex officio Verwandte oder Verschwägerte des Mündels gehört werden. Die Anhörung dieser Personen ist häufig von grosser Bedeutung, um den richtigen Gesichtspunkt für die demnächstige Entscheidung zu gewinnen, doch ist sie mit Rücksicht auf den Rechtscharakter der Genehmigung im B.G.B. nur instruktionell vorgeschrieben.

Das Gesetz enthält sich nach dem Vorgange der preussischen Vormundschaftsordnung jeder Norm, die das Gericht bei der Entscheidung über die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung zu berücksichtigen hätte; die einzige Norm ist das Interesse des Mündels.[70]) Dieser Grundsatz ist auch ausgesprochen in den Motiven Bd. IV. S. 1139.:

„Eine Einschränkung des Ermessens des Vormundschaftsgerichts durch bestimmte Direktiven ist in Hinblick auf die Vielgestaltung des Lebens nicht als angemessen zu erachten, auch für die Vormundschaftsgerichte, hingesehen auf die Verantwortlichkeit derselben, mit grossen Gefahren verbunden und kann dahin führen, dass von den Vormundschaftsgerichten bei Erteilung der Ge-

---

[69]) Die Aufzählung in dem genannten Paragraphen ist exemplikativ.
[70]) cfr. auch die §§ 113, Abs. 3, 1304, Abs. 2, 1308, Abs. 1, 1337, Abs. 1. B.G.B.

nehmigung zum Nachteile des Mündels zu ängstlich verfahren wird, etc. etc."

Das Gericht hat auch nicht nach Art des Spruchgerichts die Genehmigung einfach zu versagen, wenn es auf Grund der Ermittlungen zu dem Schlusse kommt, dass das Geschäft so, wie es geplant oder geschlossen ist, den Interessen des Mündels nicht entspreche; vielmehr ist es seine Aufgabe, wenn der Abschluss des Geschäftes unter anderen Modalitäten, etwa bei Erhöhung des Kaufpreises, den Mündelinteressen entspricht, die Genehmigung „bedingt"[71]) zu erteilen.

Diese bedingte Genehmigung enthält natürlich zugleich eine Verweigerung der Genehmigung für den Fall, dass das Geschäft nicht unter den „Bedingungen" des Vormundschaftsgerichts abgeschlossen wird.[72])

Ist der Mündel zur Vornahme eines genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts rechtswirksam verpflichtet, so hat sich die Prüfung des Vormundschaftsgerichts naturgemäss auf die Rechtsgültigkeit der Verpflichtung zu beschränken.

Der Entscheidung über die Erteilung oder Versagung der Genehmigung eine Sachuntersuchung vorausgehen zu lassen, ist eine aus dem Inbegriff der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zu folgernde Amtspflicht des Richters. Die Unterlassung oder mangelhafte Durchführung der causae cognitio ist jedoch anders als im gemeinen Rechte ohne Bedeutung für die volle Rechtswirksamkeit der erteilten Genehmigung; die Verletzung der Amtspflicht ist jedoch erheblich für die Schadenersatzpflicht des Richters.

V. Das F.G.G. redet von der Wirksamkeit der ge-

[71]) Natürlich ist keine Bedingung im juristisch-technischen Sinne gemeint.

[72]) Uebereinstimmend Planck. Vorbem. 8 vor 1821 ff., Hesse. Anm. 1 zu § 1822.

richtlichen Verfügung, durch welche die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäfte erteilt oder verweigert wird, in einem doppelten Sinne.

Zunächst bestimmt § 16 F.G.G. Abs. 1:

„Gerichtliche Verfügungen werden mit der Bekanntmachung an denjenigen, für welchen sie ihrem Inhalte nach bestimmt sind, wirksam."

Dieser Paragraph besagt, wann die gerichtlichen Verfügungen „die an ihren Inhalt geknüpften rechtlichen Wirkungen begründen."[73]) Ihrem Inhalte nach bestimmt ist die Genehmigung, wie oben unter III. bei Erörterung des „Antragsrechts" hervorgehoben ist, lediglich für den Vormund. Die Wirkungen, welche das Gesetz der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung mit Beziehung auf die Rechtsmacht des Vormundes, wirksam zu kontrahieren, beilegt,[74]) werden im Augenblick der Bekanntmachung der sie enthaltenden Verfügung existent; es bedarf also zur Entfaltung ihrer Wirkung nicht erst eines Fristablaufs; „diese Lösung entspricht dem Wesen der nicht streitigen Rechtspflege, deren Aufgabe der Hauptsache nach nicht auf die Entscheidung über das Bestehen von Rechten, sondern auf eine Tätigkeit gerichtet ist, durch welche Rechte begründet, abgeändert oder aufgehoben werden sollen.

Durch Aussetzung der Wirksamkeit bis zur Rechtskraft würden die Interessen der Beteiligten in zahlreichen Fällen geschädigt; sie wäre auch nur möglich, wenn die Beschwerde der Beteiligten allgemein an eine Frist gebunden würde."[75]) Dies ist nicht geschehen.

Eine „Bekanntmachung" liegt natürlich nur vor, wenn die Verlautbarung der gerichtlichen Verfügung mit Wil-

---

[73]) Dorner. Komm. zu § 16. F.G.G.
[74]) Siehe unten § 6.
[75]) Dorner. Kommentar. S. 109. Zu 3.

len und Wissen des zur Erteilung der Genehmigung befugten Organes, des Vormundschaftsrichters, erfolgt; die versehentlich oder aus Indiskretion erfolgte Mitteilung einer entsprechenden Notiz in den Vormundschaftsakten hat nicht die Wirkung der „Bekanntmachung."

Da die Entscheidung über die Erteilung oder Versagung der Genehmigung nicht der sofortigen Beschwerde unterliegt, mithin mit der Bekanntmachung nicht der Lauf einer Frist beginnt, finden die Mussvorschriften des § 16 F.G.G. über die Art der Bekanntmachung keine Anwendung; es soll lediglich in „den Akten vermerkt werden, in welcher Weise, an welchem Orte und an welchem Tage die Bekanntmachung zur Ausführung gebracht ist." Die Landesjustizverwaltung kann näher bestimmen, „in welcher Weise in diesen Fällen die Bekanntmachung zur Ausführung gebracht werden soll."

Diese Vorschriften sind lediglich Ordnungsvorschriften; ihre Verletzung ist ohne jede Bedeutung für die Wirksamkeit der Verfügung. Die vom Vormundschaftsrichter dem Vormund mündlich erklärte Genehmigung ist deshalb voll wirksam, mag auch aus den Akten weder der Antrag noch dessen Bewilligung hervorgehen. Natürlich ist es zweckmässig und wird auch die Regel bilden, dass dem anwesenden Vormunde die Verfügung zu Protokoll bekannt gemacht wird; dem Vormund ist auf sein Verlangen eine Abschrift der Verfügung zu erteilen.

Da jede mit Willen des Vormundschaftsrichters erfolgte Erklärung der Genehmigung deren volle Wirksamkeit begründet, ist der Streit, ob das Protokoll des Gerichtsschreibers genügend oder dessen richterliche Vollziehung nötig sei, ohne erhebliches praktisches Interesse. DieAnsicht Wellstein's,[76]) dass das Protokoll des Gerichtsschrei-

[76]) Kommentar zum F.G.G. S. 24; zustimmend auch Schmid a. a. O. S. 268.

bers beim Mangel landesgesetzlicher Vorschriften genügend sei, dürfte zutreffend sein.

Wie die Bekanntmachung an den abwesenden Vormund erfolgen soll, ist ebenfalls im Gesetz nicht bestimmt. Es wird sich besonders mit Rücksicht auf § 1831 B.G.B. die Zustellung empfehlen, mit der die Bekanntmachung als erfolgt anzusehen ist.

Dass im Uebrigen trotz des Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung § 130 B.G.B. Anwendung findet, nach dem die „Bekanntmachung" mit dem Zugang und nur dann, wenn sie zugeht, erfolgt ist, ergiebt sich aus dem allgemeingültigen Charakter dieser Vorschrift.[77])

Aus den oben dargelegten Gründen genügt zur Wirksamkeit jede Art der Erklärung, auch eine einfache Mitteilung von dem Erlass der Verfügung. In der Praxis ist jedoch die Mitteilung einer Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift der Verfügung allgemein üblich. Dass dem Vormunde die Genehemigung auch durch ein darum ersuchtes Gericht eröffnet werden kann, versteht sich nach dem Vorausgehenden von selbst.

Schmid[78]) und Breit[79]) erörtern die Bekanntmachung der Genehmiugng in dem in der Praxis häufigen Falle, dass das Vormundschaftsgericht seine Genehmigung in das im Rechtshilfeverkehr ihm zugesendete Aktenstück eines andern Gerichts zu der darin enthaltenen, der Genehmigung bedürfenden, Erklärung des Vormunds vermerkt und dieses Aktenstück einfach zurücksendet." Beide Autoren finden zutreffend in diesem Verfahren keine wirksame Bekanntmachung. Schmid geht jedoch noch weiter; er nimmt auch keine Bekanntmachung an, wenn das um die Genehmigung ersuchende Gericht nach deren

---

[77]) Siehe auch Schmid S. 268, 269.
[78]) a. a. O. S. 267.
[79]) a. a. O. S. 483.

Empfang den Vormund von ihr in Kenntnis setzt, da die Bekanntmachung nicht auf Ersuchen, somit ohne den Willen des Vormundschaftsrichters erfolge. Diese Auffassung ist m. E. zu engherzig; der Ansicht Breit's, der in diesem Falle ein stillschweigendes Ersuchen des Vormundschaftsrichters annimmt, dürfte beizupflichten sein.

VI. Der Vormund hat seine Vertretungsmacht zwar kraft eigenen Rechtes, jedoch nur im Interesse des Mündels. Es wird also nicht in ein wohl erworbenes Recht des Vormundes eingegriffen, wenn das Recht ihm die Rechtsmacht zur Vertretung des Mündels, die es ihm in den Fällen eingeschränkter Vertretungsmacht durch seine Genehmigung erteilt hat, wieder entzieht. Hierzu ist es berechtigt, wenn es die Genehmigungsverfügung nachträglich für ungerechtfertigt erachtet, da die Genehmigungsverfügung weder eine solche ist, welche nur auf Antrag erlassen werden k a n n, noch der sofortigen Beschwerde unterliegt; § 18 F.G.G. Die Verfügung in diesem Falle zu ändern, ist ein Recht und mit Rücksicht auf die Aufgaben des Vormundschaftsgerichts auch eine Pflicht des Gerichts; es handelt ex officio; Veranlassung zu seinem Einschreiten kann und wird auch häufig ein Antrag des Vormundes oder eine „Anregung" des Mündels oder Dritter bilden.

Mit Rücksicht auf den Charakter der Genehmigung hat die Zurücknahme der Genehmigungsverfügung die Wirkung der Einschränkung der Vertretungsmacht des Vormunds auch dann, wenn sie m a t e r i e l l ungerechtfertigt ist.

Ebenso kann das Vormundschaftsgericht eine Genehmigung nachträglich von Amtswegen erteilen, die es vorher versagt hat.

Eine zeitliche Schranke findet dieses Recht in dem § 55 F.G.G. Abs. 1:

„Eine Verfügung, durch welche die Genehmigung zu einem Rechtsgeschäft erteilt oder verweigert wird, kann von dem Vormundschaftsgericht insoweit nicht mehr geändert werden, als die Genehmigung oder deren Verweigerung einem Dritten gegenüber wirksam geworden ist."

Hier ist der Ausdruck „wirksam" in andern Sinne als im § 16. F.G.G. gebraucht.

Die Vorschrift ist der Ausdruck des Rechtsgedankens, dass das Mündelinteresse an den wohlerworbenen Rechten dritter seine natürliche Schranke findet; sie erscheint aus diesem Grunde fast überflüssig.[80])

Dritten gegenüber wirksam geworden ist die Genehmigung, sobald auf Grund der durch sie verliehenen Rechtsmacht der Vormund ein r e c h t s g ü l t i g e s Rechtsgeschäft vorgenommen hat. Die blosse Mitteilung der Genehmigung oder Verweigerung der Genehmigung durch den Vormund an den Dritten genügt zur Herstellung der „Wirksamkeit" nur bei vor „Bekanntmachung" der Genehmigung an den Vormund im übrigen rechtsgültig geschlossenen Verträgen; § 1829 Abs. 1. Bei einseitigen Rechtsgeschäften ist im Falle der Verweigerung der Genehmigung der Eintritt der Wirksamkeit dem Dritten gegenüber ausgeschlossen.[81])

VII. Das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gewährt die Möglichkeit, unter gewissen Voraussetzungen die Entscheidungen des Vormundschaftsgerichts der Nachprüfung durch die oberen Instanzen zu unterwerfen. Das F.G.G. hat im Gegensatz zum § 10 der preuss. V.O.[82]) das Beschwerderecht kasuistisch geregelt; für die Frage nach der Zulässigkeit der Beschwerde gegen Genehmigungsverfügungen kommt

[80]) Durch ihre Aufnahme in das F.G.G. ist sie zwingenden Rechtes geworden; siehe auch Breit a. a. O. S. 483.

[81]) Näheres unten im Abschn. III.

[82]) Siehe Dernburg. V.R. § 23.

— abgesehen von den Sonderfällen des § 59 F.G.G. — § 20 leg. cit. in Betracht.:

„Die Beschwerde steht jedem zu, dessen Recht durch die Verfügung beeinträchtigt ist.

So weit eine Verfügung nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist, steht die Beschwerde nur dem Antragsteller zu."

Die Denkschrift bemerkt zur Begründung dieser Bestimmung:

„Hiernach genügt es zur Anfechtung nicht, dass die Verfügung auf die rechtlichen Beziehungen des Beschwerdeführers von Einfluss ist und dass er insofern eine Interesse an ihrer Aenderung hat, vielmehr ist stets erforderlich, dass eine Beeinträchtigung seines Rechtes vorliegt. Diese Regelung steht mit allgemeinen Rechtsgrundsätzen im Einklange. Darüber hinauszugehen, ist weder durch ein praktisches Bedürfnis noch durch Rücksichten der Billigkeit geboten."

Die in der Reichstags-Kommission geäusserte Ansicht, dass nach der Bestimmung des jetzigen § 20 auch dem Vormund kein Beschwerderecht zustehe, da weder sein noch des Mündels Recht durch eine Versagung der Genehmigung beeinträchtigt werde, erledigt sich durch den Hinweis auf die §§ 55, 62 F.G.G., die die Möglichkeit einer Beschwerde gegen Entscheidungen des Gerichts über die Genehmigung von Rechtsgeschäften zur Voraussetzung haben. Dem Vormund als Vertreter des Mündels wird denn auch in Theorie und Praxis das Beschwerderecht gegen die Genehmigung versagende Verfügungen einstimmig zuerkannt. Eine nähere Analyse des § 20, insbesondere die Erörterung, welches Recht durch die Verfügung beeinträchtigt sein muss, um das Beschwerderecht zu geben, ist jedoch — abgesehen von dem theoretischen Interesse — insofern notwendig, als sie die Grundlage für die

Beantwortung der Frage nach dem Beschwerderecht der Gegenpartei des Vormunds abgiebt.

Welcher Art das „beeinträchtigte Recht" sein muss, sagt das Gesetz nicht; es ist daher anzunehmen, dass nicht allein die Beeinträchtigung eines Privatrechts, sondern auch die eines dem öffentlichen Rechtsgebiete angehörenden Rechts das Beschwerderecht verleiht.[83])

Schultzenstein[84]) vertritt die Ansicht, dass zur Erhebung der Mündel, selbst nach § 59, sonst vertreten durch seinen Vormund, befugt sei, da seine Rechte durch die Verweigerung der Genehmigung doch offenbar beeinträchtigt werden, indem er die durch das Rechtsgeschäft vorbereiteten Rechte, bei denen es sich um mehr als eine blosse Anwartschaft handele, (vergl. §§ 1830, 109, 177, 178. B.G.B.) wegen des Mangels der Genehmigung nicht zu erlangen vermöge. Wie der Mündel, so sei auch der Dritte, der mit dem Vormund ein Rechtsgeschäft geschlossen habe, befugt, wegen der Verweigerung Beschwerde zu erheben; denn das Gesetz enthalte nichts, was ihn speziell beschränke, namentlich nicht etwa eine Bestimmung, die sein Beschwerderecht an eine gleichzeitige Beschwerdeführung durch den Vormund bände. Eine Begrenzung des Beschwerderechts sieht Schultzenstein nur in den §§ 55, 62 leg. cit., insofern als diese Paragraphen der Beschwerde den Erfolg versagen, wenn durch Mitteilung der Verweigerung seitens des Vormundes die Perfektion des vorbereiteten Rechts ausgeschlossen ist. Im Wesentlichen übereinstimmend argumentiert Dorner.[85])

Nach dieser Interpretation steht dem Mündel und dem Gegenkontrahenten ein Beschwerderecht zu, jedoch nur

[83]) In der Reichstagskomission von einem Vertreter des Bundesrates in Uebereinstimmung mit der Kommission konstatiert.
[84]) Bei Busch. Bd. 25, S. 219.
[85]) Kommentar. S. 138.

in dem Falle, dass die Genehmigung eines vor Bekanntmachung der Verfügung des Vormundschaftsgerichts geschlossenen Vertrages verweigert wird. Bei Einholung der Genehmigung vor Vornahme des Rechtsgeschäfts, die mit Rücksicht auf § 1831 bei einseitigen Rechtsgeschäften allein möglich ist, müssen sie, wenn sie folgerecht nur die Verletzung eines Privatrechts als das Beschwerderecht begründend ansehen, auch dem Mündel das Beschwerderecht versagen. Diese Folgerung wird jedoch durch die ausnahmslose Fassung der §§ 55, 62 ausgeschlossen; eine derartig unpraktische Regelung, die dem Mündel bezw. dem Vormund in dessen Vertretung gerade in den praktisch wichtigsten Fällen das Beschwerderecht entziehen würde, anzunehmen, liegt weder durch das Gesetz oder dessen Vorarbeiten die mindeste Möglichkeit vor. Dass die Gleichstellung eines von dem Hinzukommen anderer Faktoren abhängigen Rechts mit dem perfekten Recht zum mindesten bedenklich ist, soll nur nebenbei hervorgehoben werden.

Die Mehrzahl der Schriftsteller auf dem Gebiete der freiwilligen Gerichtsbarkeit verurteilen denn auch die oben skizzierte Ansicht Schultzenstein's und Dorner's; über die Natur des „beeinträchtigten Rechts" herrscht jedoch Streit.

Josef[86]) stellt den Satz auf, dass der Mündel, der Vormund und sonst Beteiligte das Recht habe, dass auf einen von ihnen selbst oder von Dritten gestellten Antrag eine gesetz- und sachgemässe Entscheidung ergehe. Die notwendige Konsequenz,[87]) dass danach in allen Fällen dem Dritten, dem gegenüber das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft vorzunehmen ist, ebenfalls das Beschwerderecht zustehe, lehnt Josef mit Rücksicht auf die beson-

[86]) Bei Busch. Bd. 28. 300 ff.
[87]) Er hat sie anfänglich in seinem Kommentar zum F.G.G. gezogen.

dere Gestaltung des Genehmigungsrechts im B.G.B. ab.[88])

Fuchs[89]) und Du Chesne[90]) nehmen ein absolutes Persönlichkeitsrecht des Mündels auf Vertrags- und Verfügungsfreiheit und Abgabe rechtlich wirksamer Willenserklärungen an, das durch eine materiell ungerechtfertigte Verweigerung der Genehmigung verletzt sei; Birkenbihl[91]) sieht bei Versagung der Genehmigung ein selbständiges aus der Stellung des Vormunds resultierendes Recht, zweckmässige Verwaltungshandlungen vorzunehmen, als verletzt an.

Dem Dritten, dem gegenüber das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft vorzunehmen ist, versagen alle genannten Schriftsteller das Beschwerderecht.

Aus der Amtspflicht des Vormundschaftsrichters resultiert ohne Weiteres seine Verpflichtung, die Genehmigung zu Rechtsgeschäften zu erteilen, wenn deren Erteilung dem Mündelinteresse entspricht; durch Zulassung der Beschwerde hat das Gesetz dieser Verpflichtung als Korrelat ein subjektives Recht auf „gesetz -und sachgemässe Entscheidung" über die Genehmigung zu Rechtsgeschäften des Mündels gegenübergestellt. Dies ist der Standpunkt Josef's mit der Modifikation, dass wir das Recht auf „gesetz- und sachgemässe Entscheidung," nicht allgemein auf dem Gebiete der freiw. Gerichtsbarkeit anerkennen, sondern nur, wenn es wie im vorliegenden Falle durch die besondere Regelung der Materie für einen bestimmten Personenkreis begründet ist. Eine Beschränkung des Beschwerderechts und einen Ausschluss in allen Fällen, in denen nur ein wirtschaftliches oder rechtliches

---

[88]) Aehnlich Weissler, Kommentar Anm. 2. zu § 20.
[89]) Kommentar Anm. 3 su § 20.
[90]) Im Centralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat Bd. 3 S. 324 f. f.
[91]) Kommentar Anm. 2 b zu § 20.

Interesse an der Erteilung der Genehmigung vorhanden ist, bezweckt ja, wie die oben angeführte Stelle der Denkschrift ergiebt, gerade die Fassung des § 20 F.G.G..

Breit[92]) sieht in der Versagung der Genehmigung ebenfalls die Beeinträchtigung eines subjektiven Rechts des Mündels; nach ihm ist aber das obengenannte subjektive Recht nur ein Ausfluss des „besonderen allen bevormundeten Personen gegen den Staat als den Obervormund zustehenden Rechts auf Schutz, auf ordnungsmässige Führung der Obervormundschaft." Gegen die Fassung wäre nichts einzuwenden, wenn in der Tat ein subjektives öffentliches Recht auf Vormundschaft, wie es zuerst Gläss sing zu beweisen versucht hat, für das geltende Recht bestände; dies ist jedoch, wie im § 1 oben ausgeführt ist, zum mindesten zweifelhaft.

Nach der vorstehend entwickelten Ansicht kann durch die Versagung der Genehmigung ein Recht des Gegenkontrahenten niemals beeinträchtigt werden; zur Beschwerde befugt ist lediglich der Mündel.

Uebereinstimmend versagt auch die Praxis der oberen Gerichte dem Dritten, dem gegenüber das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft vorzunehmen ist, das Beschwerderecht.[93])

Dass § 20 F.G.G. nicht dahin verstanden werden kann, „dass die Entscheidung über die Legitimation des Beschwerdeführers durch eine vorhergehende Prüfung der Frage, ob die Beschwerde materiell gerechtfertigt ist, bedingt ist," ergiebt sich aus der Natur der Beschwerde als eines ordentlichen Rechtsmittels und bedarf keiner weiteren Erörterung.[94])

Sieht man von den oben angegebenen Gründen ab,

[92]) a. a. O. Seite 487.

[93]) So zuerst Entscheidung des Kammergerichts vom 30. April 1900 bei Johow N.F. Bd. 1. Seite 136.

[94]) Diese Erklärung giebt Dorner Seite 139 No. 6.

so muss man dem Dritten das Beschwerderecht trotzdem versagen, da nach der ganzen Regelung im Gesetze[95]) die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung sich als ein Internum des Vormundes und des Gerichtes darstellt; mit dieser Regelung würde die Zulassung der Einwirkung eines Aussenstehenden im Widerspruch stehen. Dass die Zuerkennung des Beschwerderechts für den Dritten ohne Nutzen sein würde, weil die Entscheidung über die Vornahme des Rechtsgeschäfts auch nach der Erteilung der Genehmigung beim Vormunde steht und dieser gerade durch Nichteinlegung der Beschwerde documentiert, dass er von der Vornahme des Rechtsgeschäfts absehen will, soll nur zur Unterstützung unserer Ansicht angeführt werden.[96])

Eine „Beeinträchtigung" des subjektiven Rechts des Mündels wird in der Regel nur vorliegen im Falle der Verweigerung der Genehmigung; jedoch auch der umgekehrte Fall ist denkbar. Man denke z.B. an den Fall, dass der bei der Entscheidung über die Genehmigung zu einem Grundstücksverkauf gemäss § 1827 B.G.B. gehörte über achtzehn Jahr alte Mündel sich gegen den Verkauf ausgesprochen, das Vormundschaftsgericht aber trotzdem der Verkauf genehmigt hat. Hier liegt die „Beeinträchtigung" in der dem Vormunde durch die Genehmigewährten Rechtsmacht, den Mündel wirksam zur Auflassung zu verpflichten.[97])

Die Möglichkeit der Beschwerde in diesem Falle ist gleichzeitig ein weiteres Argument gegen die bereits oben bekämpfte Ansicht von Dorner und Schulzenstein über die Natur des „Rechts" im § 20 F.G.G.

Das Beschwerderecht wird in der Regel ausgeübt durch

[95]) Siehe oben zu III.
[96]) So auch Josef Seite 305 ff.
[97]) Siehe über den Begriff der „Beeinträchtigung" Schultzenstein a. a. O. S. 216 ff.

den Vormund; in den Fällen des § 59 F.G.G., zu denen auch der letztgenannte gehört, ist der über vierzehn Jahre alte nicht geschäftsunfähige Mündel selbständig ohne Mitwirkung seines gesetzlichen Vertreters zur Beschwerde befugt.

Zeitlich begrenzt wird die Befugnis des Beschwerdegerichts, auf die Beschwerde reformierend zu beschliessen, durch § 62 F.G.G. insofern, als auch das Beschwerdegericht die Verfügung erster Instanz nicht mehr abändern kann, wenn der Vorderrichter hierzu selbst auf Grund des § 55 F.G.G. nicht mehr in der Lage sein würde, weil die Genehmigungsverfügung Dritten gegenüber wirksam geworden ist.[98]) Der § 62 F.G.G. ist nur ein notwendiger Ausdruck des dem § 55 zu Grunde liegenden Rechtsgedankens. Die unter Verletzung des § 62 erfolgte Aufhebung einer Verfügung erster Instanz ist ohne Bedeutung für die Rechtsgültigkeit der auf Grund dieser Verfügung vorgenommenen Rechtsgeschäfte, sie führt nur ein Scheindasein, sie ist nichtig.[99])[100])

Für das Beschwerdeverfahren hat das Gesetz im übrigen keine Sondervorschriften aufgestellt; es fällt daher nicht in den Rahmen dieser Darstellung.

---

[98]) Siehe oben zu VI.

[99]) Ebenso Breit a. a. O. Seite 491.

[100]) Schmid a. a. O. S. 271 nimmt an, dass dem Dritten die Beschwerde zustehe, wenn entgegen der Vorschrift des § 55 eine ihm gegenüber wirksam gewordene Verfügung vom Vormundschaftsgericht aufgehoben wird, da in diesem Falle in einen definitiven Rechtszustand eingegriffen werde. Schmid muss das auch im Falle des § 62 F.G.G. annehmen. Schmid's Ansieht ist aber unrichtig, da eine nichtige Verfügung niemals ein Recht beeinträchtigen kann. Die Nichtigkeit ist eventuell im ordentlichen Prozessverfahren, nicht dagegen im Beschwerdeverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit festzustellen.

§ 6.

Die Bedeutung der Entscheidung für die Vertretungsmacht des Vormunds.

Hat die causae cognitio die Zweckmässigkeit der Vornahme eines Rechtsgeschäfts ergeben, so wird das Vormundschaftsgericht seine Genehmigungsverfügung etwa in der Form erlassen:

„Der Verkauf des dem Mündel X.Y. gehörigen im Grundbuche von A. Bd. M. Bl. N. unter No. O. verzeichneten Grundstücks wird vormundschaftsgerichtlich genehmigt."

Diese Form entspricht dem Rechtscharakter der Genehmigung; für die Form der Genehmigung ist es gleichgültig, ob die Genehmigung vor oder nach Vornahme des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts erteilt wird, ob der Vormund das Rechtsgeschäft selbst vornehmen oder einem von dem Mündel selbst vorzunehmenden Rechtsgeschäft seine Zustimmung geben will.[1])

Dass das Vormundschaftsgericht durch die Erteilung der Genehmigung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung abgiebt, ist bereits oben[2]) dargetan. Die Genehmigung gewährt vielmehr dem Vormund die Rechtsmacht zur Vornahme des Rechtsgeschäfts, sie giebt ihm für den Einzelfall seine generell durch das Gesetz eingeschränkte Vertretungsmacht zurück.

Das Gesetz redet zwar in den Fällen nachträglicher Genehmigung davon, dass durch Mitteilung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung an den Gegenkontrahenten der Vertrag wirksam werde; § 1829 B.G.B.

Diese Terminologie darf uns jedoch nicht veranlassen, in der „Mitteilung der Genehmigung an den andern Teil"

[1]) Ebenso Breit a. a. O. S. 400.
[2]) § 4.

etwas anderes zu sehen, als sie wirklich ist.

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, die nur dem Vormunde gegenüber erklärt werden kann, ist Staatsakt; die den Vertrag perficierende „Mitteilung der Genehmigung an den andern Teil" ist Rechtsgeschäft. Nicht das Vormundschaftsgericht sondern der Vormund genehmigt in Wirklichkeit den Vertrag.[3])

Dass Kontrahent und Genehmigender dieselbe Person sind, steht dem nicht im Wege; der Vormund hat zur Zeit der „Mitteilung der Genehmigung" erst die volle Rechtsmacht zum Abschluss des Vertrages. Die Rechtslage gleicht völlig der folgenden: Ein beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger schliesst einen onerosen Vertrag, den er nach Vollendung des 21. Lebensjahres genehmigt (§ 108, 1. 3 B.G.B.).

Ob der Vormund der Gegenpartei einfach mitteilt, dass die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erteilt sei, wie dies die Regel sein wird, oder die Wendung gebraucht, dass er selbst nach Erteilung der „Genehmigung" den Vertrag genehmige, ist natürlich für die Beurteilung des Rechtscharakters seiner Genehmigung gleichgültig.

Josef[4]) nimmt an, dass die Genehmigung dem Vormunde vom Vormundschaftsgericht erteilt werde, damit er davon Gebrauch mache, d.h. sie dem Vertragsgenossen mitteile, und er sich durch Unterlassung der Mitteilung einer Pflichtwidrigkeit schuldig mache, wofern nicht etwa im Einzelfalle sich diese Unterlassung durch später eingetretene Umstände rechtfertige.

Diese Ansicht ist irrig; das Gericht gewährt dem Vormunde lediglich das „rechtliche Können." Ob der Vor-

---

[3]) Ebenso Schultheis im Centralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat Bd. 111 Seite 263.

[4]) In Busch's Zeitschrift Bd. 28. Seite 310.

mund von seiner Rechtsmacht Gebrauch machen will, hat er nach seinem freien pflichtmässigen Ermessen zu entscheiden; das Vormundschaftsgericht hat darauf, wie überhaupt auf die Geschäftsführung des Vormunds, keinen unmittelbaren Einfluss. Hier äussert sich wieder das Prinzip der Selbständigkeit des Vormunds. Eine Pflichtwidrigkeit kann wohl in der Unterlassung der Vornahme des Rechtsgeschäftes liegen, braucht es aber nicht.[5])

[5]) So auch Rausnitz Kommentar. Anm. zu § 20.

Dritter Abschnitt.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft.

§ 7.

Allgemeines.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, welche wir als „Entscheidung des Gerichts" im vorgehenden Abschnitte betrachtet haben, hat im Rechtsleben niemals eine selbständige Funktion; ihre Bedeutung liegt vielmehr in ihrem Charakter als „Pertinenzakt zu einem ausser ihr liegenden rechtlichen Vorgang."[6])

Sie in dieser ihrer Funktion innerhalb der durch unsere Aufgabe gezogenen Grenzen zu erörtern, bezweckt die folgende Darstellung.

Der Systematik des B.G.B. folgend behandeln wir in getrennten Paragraphen die Bedeutung der Genehmigung für das einseitige Rechtsgeschäft und den Vertrag. In besondren Abschnitten soll ausserdem die Frage nach der Bedeutung eines wesentlichen Irrtums des genehmigenden Vormundschaftsrichters und nach der Rückwirkung der Genehmigung beantwortet und die Bedeutung der Genehmigung im Grundbuchsverkehr erörtert werden.

[6]) Breit. a. a. O. Seite 569.

§ 8.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung und das einseitige Rechtsgeschäft.[7])

I. „Ein einseitiges Rechtsgeschäft, dass der Vormund ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornimmt, ist unwirksam. Nimmt der Vormund mit dieser Genehmigung ein solches Rechtsgeschäft einem Andern gegenüber vor, so ist das Rechtsgeschäft unwirksam, wenn der Vormund die Genehmigung nicht in schriftlicher Form vorlegt und der Andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist." (§ 1831 B.G.B.)

II. Der erste Satz des Paragraphen ist ein Ausdruck des auch sonst im B.G.B. ausgesprochenen Rechtsgedankens, dass im Verkehrsinteresse jede objektive Unsicherheit über die Gültigkeit des einseitigen Rechtsgeschäfts vermieden werden müsse, dass demgemäss in den Fällen, in denen zur vollen Wirksamkeit einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung das Hinzukommen anderer Faktoren erforderlich ist, diese bereits im Augenblick der Vornahme des Rechtsgeschäfts vorliegen müssen. Fehlt deshalb zur Zeit der Vornahme des genehmigungsbedürftigen einseitigen Rechtsgeschäfts die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung, d.h. ist sie in diesem Augenblick dem Vormund nicht rechtswirksam bekannt gemacht, so ist es unheilbar nichtig.[8])

Eines Widerspruchs oder irgend einer Reaktion desjenigen, dem gegenüber das Rechtsgeschäft vorgenommen ist, bedarf es nicht; die Rechtswirkung ist dem Willen der Parteien entzogen, da sie eine Folge der im allgemeinen

[7]) Eine Aufzählung der Fälle, in denen einseitige Rechtsgeschäfte genehmigungsbedürftig sind, siehe bei Bernhardi S. 368 ff.

[8]) Ausdrücklich „Nichtigkeit" statuiert in Entwurf I § 1681 Abs. 2; siehe auch Cosack. Bürg. Recht Bd. I § 55. II. 4.

Verkehrsinteresse statuierten Norm ist. Wird die Genehmigung nachträglich erteilt, so muss, um die beabsichtigte Rechtswirkung zu erzielen, das ganze Rechtsgeschäft wiederholt werden.

Verwirklichen die Parteien den Effekt eines einseitigen Rechtsgeschäfts durch Vertrag, sofern dies im Einzelfalle möglich ist, so ist die nachträgliche Genehmigung möglich, (§ 1829 B.G.B.); das Auskunftsmittel wird jedoch ohne erhebliche praktische Bedeutung sein.[9])

III. Findet die vorstehende für Privatrechtsgeschäfte aufgestellte Norm analoge Anwendung in den Fällen, in denen kraft Gesetzes andere einseitige Rechtsgeschäfte[10]) zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen?

Die der Bestimmung zu Grunde liegende ratio trifft für die fragliche Rechtshandlungen nicht oder nicht in dem Grade wie bei Privatrechtsgeschäften zu; eine objektive Unsicherheit besteht zwar, doch verlangt das Verkehrsinteresse mit Rücksicht auf die Ersparnis von Zeit, Arbeit und Kosten die Möglichkeit einer Nachholung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung.

Von besonderer Bedeutung ist das in Fällen der §§ 612 Abs. 2 und 641 Abs. 2 C.P.O., welche bestimmen, dass der Vormund eines geschäftsunfähigen Ehegatten zur Erhebung der Scheidungsklage u. s. w., „der Genehmigung des Vormundschaftsgedichts bedarf." Der Ausdruck „bedarf" zeigt, dass es sich um eine Mussvorschrift handelt. Die „Genehmigung" ist Prozessvoraussetzung, die das Gericht von Amtswegen in allen Instanzen zu berücksichtigen hat (§ 56 Abs. 1 C.P.O.). Der § 56 Abs. 2 Satz 2 C.P.O. bestimmt:

---

[9]) Anders im Falle des § 111; siehe Cosack a. a. O.; ein Beispiel für unsern Fall führt an Breit a. a. O. S. 574.

[10]) Siehe die Aufzählung im § 3 unter II.

„Das Endurteil darf erst erlassen werden, nachdem die für die Beseitigung des Mangels zu bestimmende Frist abgelaufen ist."

Daraus ist zu folgern, dass eine nachträgliche Beibringung der „Genehmigung" möglich ist, und zwar enthält der Satz gleichzeitig die Ordnungsvorschrift, dass das Gericht dem Vormund zur Beibringung der Genehmigung von Amtswegen eine Frist zu bestimmen hat; erst wenn diese fruchtlos verlaufen ist, muss die Klage ab instantia abgewiesen werden.[11])

An einer positiven Regelung im Gesetz fehlt es dagegen in den übrigen hierher gehörigen Fällen[21]; doch ist m. E. aus praktischen Gründen eine analoge Anwendung der für die Klage entwickelten Grundsätze eher zu empfehlen als die des § 1831 Satz 1; in dem Falle des § 181 Abs. 2 Z.V.G., der das Erfordernis der Genehmigung für den Antrag des Vormundes auf Einleitung der Zwangsversteigerung zum Zwecke der Auseinandersetzung aufstellt, ist dies auch mit Rücksicht auf die Gleichartigkeit der Rechtsnatur der Rechtshandlungen sogar konsequent.

Lediglich auf praktische Erwägungen sind wir verwiesen im Falle des § 14a Abs. 1 des Staatsangehörigkeitsgesetzes vom 1. Juni 1870:

„Die Entlassung eines Staatsangehörigen, der unter elterlichen Gewalt oder Vormundschaft steht, kann von dem gesetzlichen Vertreter nur mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts beantragt werden."

Diese sprechen jedoch überwiegend für die Zulassung der nachträglichen Beibringung.

Wir teilen die Ansicht Breit's,[13]) dass die Vorschrift,

[11]) So auch Seuffert; Kommentar zur C.P.O. Bd. II Erl. 3c zu § 612.
[12]) Eine Ausnahme findet sich in den §§ 58, 64 des Reichsbörsengesetzes.
[13]) a. a. O. S. 577, 578.

dass bestimmte Anträge an Behörden nur mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung gestellt werden dürfen oder können, in Wahrheit nichts als eine Instruktion an die betreffende Behörde sei, dem Antrage nur dann stattzugeben, wenn die Genehmigung vorliege, dass die Behörde berechtigt und verpflichtet sei, den Antrag abzuweisen, sofern die Genehmigung fehle, dass endlich die Frage, wie es mit der Möglichkeit späterer Heilung durch nachträgliche Genehmigung stehe, falls die Behörde trotz der fehlenden Genehmigung in das Verfahren eingetreten sei, nicht aus § 1831 B.G.B. beantwortet werden könne.

IV. Die freiwillige oder kraft Gesetzes erforderliche Beurkundung eines einsseitigen Rechtsgeschäfts — z.B. einer Prokuraerteilung oder einer Erbschaftsausschlagung — ist ohne selbständige Bedeutung, vielmehr lediglich ein der Vornahme des Rechtsgeschäfts vorausgehender Vorbereitungsakt. Vorgenommen wird das Rechtsgeschäft erst durch die den Willen der Vornahme dokumentierende Aushändigung der Urkunde an die Privatperson oder Behörde, der gegenüber das Rechtsgeschäft vorzunehmen ist.

Ist in diesem Augenblick die Genehmigung dem Vormunde rechtswirksam bekannt gemacht, so ist das Rechtsgeschäft vollgültig; ein Zustand objektiver Ungewissheit besteht nicht.

Diese Ansicht ist jetzt auch in Theorie und Praxis allgemein durchdrungen; das Kammergericht hat wiederholt auf weitere Beschwerde die Grundbuchämter angewiesen, einem Eintragungsantrage zu entsprechen, den diese abgelehnt hatten, weil die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung nicht bereits in dem Augenblicke vorgelegen hatte, in dem die Eintragungsbewilligung be-

urkundet war.[14])

Gleichzeitig hat das Kammergericht die andere Zweifelsfrage entschieden, wann die Genehmigung dem Vormunde erklärt sein müsse, wenn das Rechtsgeschäft einem Abwesenden gegenüber vorgenommen werde, im Augenblicke der Absendung oder des Zuganges. Wirksam vorgenommen ist das Rechtsgeschäft erst im Augenblicke des Zuganges (§ 130 B.G.B.); es wird also genügen, wenn in diesem Augenblicke die Genehmigung vorliegt; diese der ratio legis entsprechende Ansicht vertritt auch das Kammergericht.[15])

V. Eccius[16]) hat zuerst auf die Unzuträglichkeiten hingewiesen, welche sich in dem Falle ergeben, dass die zur Erbschaftsausschlagung erforderliche Genehmigung in erster oder in der Beschwerdeinstanz erst nach Ablauf der im § 1944 B.G.B. bestimmten sechswöchigen Ausschlagungsfrist erteilt und der Vormund so zur Abgabe einer wirksamen Ausschlagungserklärung ausser stande ist.[17]) „Das Gegenteil wird man," wie Eccius ausführt, „annehmen dürfen, wenn man den Umstand, dass das Gericht die rechtzeitig erbetene Genehmigung erst erteilt, nachdem die Frist abgelaufen ist, als höhere Gewalt" ansehen darf, die den Vormund, Vater, Mutter an wirksamer Abgabe der beabsichtigten Erklärung gehindert hat, — sodass die Ausschlagungsfrist um die Zeit der gerichtlichen Deliberation nach §§ 1944 Abs. 2, 203 Abs. 2 verlängert wird."

[14]) Beschlüsse des Kammergerichts vom 21. Mai 1902 Rechtspr. der O. L. G. Bd. V und vom 23. Juli 1902 in den Entscheid. des Reichsjustizamts Bd. III.

[15]) In den in Anmerkung 14 genannten Entscheidungen; ebenso Breit S. 576.

[16]) In Gruchots Beiträgen. Bd. 44. S. 768 und 769 gelegentlich einer Bücherbesprechung.

[17]) Dass die ohne vormundschaftsgerichtliche Genehmigung vorgenommene Erbschaftsausschlagung unheilbar nichtig ist, ergiebt sich aus ihrem Charakter als einseitiges Privatrechtsgeschäft; so auch Kammergericht bei Johow Bd. 21 S. 197 ff.

Diese Ansicht ist m.E. recht wohl haltbar; Schwierigkeiten entstehen jedoch bei der Beantwortung der Frage, wann der Vormund spätestens die Erteilung der Genehmigung beantragt haben muss, um die nicht rechtzeitige Erteilung als höhere Gewalt erscheinen zu lassen.

Dieselben Schwierigkeiten bestehen, wenn man, wie dies Breit[18]) vorschlägt, annehmen kann, dass der Mündel, dessen Vertreter zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht die gerichtliche Genehmigung erhalten habe, sich in genau derselben Lage befinde, wie wenn er überhaupt nicht gesetzlich vertreten sei.

Die Prüfung der Frage, ob die Ausschlagungsfrist abgelaufen sei, ist nicht Sache des Vormundschaftsgerichts sondern im Streitfalle des Prozessgerichts, eine Verweigerung der Genehmigung aus dem Grunde, weil die Ausschlagungsfrist abgelaufen sei, daher unzulässig.[19])

Es geht m.E. nicht an, wie versucht worden ist,[20]) ein Auskunftsmittel darin zu finden, dass man in den Fällen, in denen die Annahme der Erbschaft durch Versäumung der Ausschlagungsfrist im Widerspruch mit dem Willen des berufenen Erben eingetreten ist, die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist aus § 119 B.G.B. zulassen will, weil der berufene Erbe eine Erklärung des Inhalts, die Erbschaft anzunehmen, nicht, vielmehr die entgegengesetzte, hat abgeben wollen (§§ 1954-1957 B.G.B.)

Wenn das Gesetz die Möglichkeit der Anfechtung in diesem Falle hätte geben wollen, würde die Vorschrift des § 1944 Abs. 2 B.G.B., dass auf den Ablauf der Ausschlagungsfrist die für die Verjährung geltenden Vorschriften der §§ 203, 206 B.G.B., entsprechende Anwen-

---

[18]) a. a. O. S. 579.
[19]) Ebenso Breit S. 579.
[20]) Siehe darüber Breit S. 579 ff.

dung finden sollen, wenn auch nicht überflüssig, so doch irreleitend sein; diese Erwägung spricht m.E. für die Versagung der Anfechtung im vorliegenden Falle.[21])

VI. Das B.G.B. hat dem „Andern, dem gegenüber ein einseitiges Rechtsgeschäft vorgenommen wird," wenn dieser „in Folge der Persönlichkeit des Handelnden Grund hat, an dessen Befugnis zur Vornahme des Geschäfts — wegen persönlicher Beschränkung in der Geschäftsfähigkeit (§§ 111, 114) oder wegen sachlichen Mangels seiner Verfügungsbefugnis (§§ 182, 1831, 1832, 1643) — zu zweifeln,"[22]) „da er die Vornahme des einseitigen Rechtsgeschäfts sich gefallen lassen muss und den daraus entspringenden Rechtsfolgen sich nicht entziehen kann,"[23]) die Möglichkeit gegeben, sich alsbald subjektive Gewissheit zu verschaffen.

Aus diesem Grunde bestimmt das B.G.B., dass, wenn der Vormund mit vormundschaftsgerichtlicher Genehmigung — d.h. im Besitze voller Rechtsmacht — ein einseitiges Rechtsgeschäft einem Andern gegenüber vornimmt, das Rechtsgeschäft unwirksam sein soll, wenn der Vormund die Genehmigung nicht in schriftlicher Form vorlegt und der Andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist.

Die Zurückweisung ist eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung, die im B.G.B. nur in den oben charakterisierten Fällen[24]) vorkommt; sie ist das Mittel für den „Andern," sich Gewissheit zu verschaffen, da sie indirekt die Gegenpartei zur Vorlegung des Beweisdokuments zwingt.

Voraussetzung des Zurückweisungsrechts ist eine Auf-

---

[21]) Ebenso Breit a. a. O. S. 581.

[22]) und [23]) Habicht in der Jur. Wochenschrift Bd. 30 S. 770 ff.: Die Vorlegung der Legitimationsurkunden bei einseitigen Rechtsgeschäften.

[24]) Siehe jedoch auch §§ 410—413, 1160, 1192 B.G.B.

forderung des „Andern" an den Vormund, die Genehmigung in schriftlicher Form vorzulegen, und die Nichtbefolgung dieser Aufforderung.

Das Schriftstück muss auf Anfordern des Andern im Augenblick und am Orte der Vornahme des Rechtsgeschäfts diesem zur Einsicht vorgelegt werden.

Kommt der Vormund dieser Anforderung nicht nach, so entsteht das Zurückweisungsrecht; es braucht nicht sofort, muss jedoch unverzüglich d.h. ohne schuldhaftes Zögern ausgeübt werden, und zwar muss bei Vermeidung der Nichtigkeit der Zurückweisung und der Wirksamkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts angegeben werden, aus welchem Grunde die Zurückweisung geschieht.

Folge der danach rechtsgültig erklärten „Zurückweisung" ist „Unwirksamkeit" d.h. wie auch im Absatz 1 des § 1831 Nichtigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts.

Der Forderung der „schriftlichen Form" wird nur Genüge gethan, wenn entweder eine Abschrift der gerichtlichen Genehmigungsverfügung in beweisender Form oder das Original bezw. das Original oder eine beglaubigte Abschrift der Mitteilung an den Vormund, dass die Genehmigung erteilt sei, vorgelegt wird; dies ergiebt sich aus dem Charakter der gerichtlichen Genehmigung.[25])

Im Falle des § 111[26]) ist bei Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts durch einen beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen die Zurückweisung ausgeschlossen, wenn dessen gesetzlicher Vertreter den Andern von der Einwilligung in Kenntnis gesetzt hat. Eine ähnliche Bestimmung ist in unserm Falle nicht getroffen und zwar,

---

[25]) Zustimmend Habicht a. a. O. Breit a. a. O. S. 573, welcher gleichzeitig zutreffend bemerkt, dass die Vorlegung der Urkunde die tatsächlich fehlende, weil widerrufene, Genehmigung nicht zu ersetzen vermöge.

[26]) Siehe auch §§ 410, 174 B.G.B.

wie die Protokolle Bd. IV. S. 799 ergeben, mit Rücksicht auf die Gestaltung der Genehmigung als eines Internums zwischen Vormund und Vormundschaftsgericht. Eine Ausnahme wird man mit Habicht[27]) in dem Falle zu machen haben, dass das Vormundschaftsgericht auf Ersuchen des Vormunds dem „Andern" eine Ausfertigung der Genehmigungsverfügung zukommen lässt, jedoch muss bei Meidung der Nichtigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäfts auch in diesem Falle dem Vormund die Genehmigung rechtswirksam bekannt gemacht worden sein;[28]) auch wird man das Zurückweisungsrecht ausschliessen, wenn bereits vor Vornahme des Rechtsgeschäfts dem „Andern" die Genehmigung in schriftlicher Form vorgelegen hat.

Besondere Schwierigkeiten entstehen bei der Handhabung dieser Vorschrift in den Fällen, in denen das einseitige Rechtsgeschäft einem Abwesenden gegenüber vorgenommen wird, und des Nichtantreffens, wenn die Vornahme gegenüber dem Anwesenden beabsichtigt war.

Ist in diesem Falle der Vormund, um die Zurückweisung auszuschliessen, zu einem plus, zur Aushändigung der Urkunde verpflichtet, oder wie können auf andere Weise die widerstreitenden Interessen beider Parteien ausgeglichen werden? Eine Lösung dieser Fragen, deren Erörterung hier zu weit führen würde, hat Habicht in seiner oben angeführten ausführlichen Abhandlung versucht.

Ist die Vorschrift des § 1831 Satz 2 auf Rechtsgeschäfte zu übertragen, welche Behörden gegenüber vorzunehmen sind, sog. amtsempfangsdürftige Geschäfte?[29])

[27]) a. a. O. S. 774.

[28]) Anders anscheinend Habicht a. a. O. S. 775.

[29]) Natürlich sind hier die Fälle auszuscheiden, in denen aus besonderen Gründen, weil wie z. B. im Grundbuchverkehr auf das einseitige Rechtsgeschäft eine Entscheidung zu treffen ist, die Vorlegung erforderlich ist.

Diese Frage ist m.E. zu verneinen.[30]) Gegen ihre Bejahung spricht der Wortlaut und auch wohl die ratio der Bestimmung, denn ein rechtliches Interesse der Behörde an der Hebung der subjektiven Ungewissheit besteht nicht. Dies gilt insbesondere von dem praktisch wichtigsten Falle, der Erbschaftsausschlagung. Ob die Genehmigung zur Zeit der Ausschlagung vorhanden war, ist im Streitfalle im Prozesse zu entscheiden; wenn das Nachlassgericht befugt wäre, die Aufnahme einer Ausschlagungserklärung abzulehnen, wenn ihm die Genehmigung durch Vorlegung des beweisenden Schriftstückes nicht nachgewiesen wird, wie das Eccius[31]) will, würde es m.E. ungerecht die Interessen der Nachlassgläubiger vor denen der ausschlagenden Erben bevorzugen.

§ 9.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung bei Verträgen.

I. Eine einschränkende Bestimmung nach Art des § 1831 B.G.B. besteht für Verträge nicht; die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung kann daher vor oder nach dem Abschlusse des Vertrages erfolgen. Das B.G.B. unterscheidet auch nicht zwischen einseitigen und gegenseitigen Verträgen, dinglichen und obligatorischen; seine Normen finden daher unterschiedslos Anwendung auf jede Art von Verträgen; dies ist in Theorie und Praxis fast allgemein anerkannt.[32]) Gleichgültig für die Anwendung der Normen ist es auch, ob der Vormund das Rechtsgeschäft in Vertretung des Mündels abschliesst oder der Mündel selbst mit Einwilligung oder Genehmigung des

[30]) So auch Breit S. 571.
[31]) a. a. O. S. 768.
[32]) Siehe auch unten § 11.

Vormunds;[33]) Natürlich gelten für die Genehmigung des Vormunds andere Grundsätze als für die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts; jene kann sowohl dem Mündel als auch der Gegenpartei gegenüber rechtswirksam erklärt werden.[34])

II. Ist die „Genehmigung" dem Vormunde vor dem Abschlusse des Vertrages[35]) rechtswirksam bekannt gemacht, so hat er zur Zeit des Abschlusses die unbeschränkte Vertretungsmacht. Im Augenblicke des Abschlusses ist deshalb der Vertrag voll wirksam, gleich, ob die Gegenpartei wusste, dass der abgeschlossene Vertrag genehmigungsbedürftig war oder nicht.

IIIa. Weitaus komplizierter ist die Rechtslage, wenn zur Zeit des Vertragsabschlusses dem Vormund die Genehmigung noch nicht erteilt war. Für diesen Fall bestimmt § 1829 B.G.B. Abs. 1 und 3:

„Schliesst der Vormund einen Vertrag ohne die erforderliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ab. Die Genehmigung sowie deren Verweigerung wird dem andern Teile gegenüber erst wirksam, wenn sie ihm durch den Vormund mitgeteilt wird.

Ist der Mündel volljährig geworden, so tritt seine Genehmigung an die Stelle der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts."

Anders als im Falle des § 1831 entsteht ein eigenartiger Schwebezustand; es besteht ein negotium claudicans.[36]) Der Schwebezustand findet regelmässig erst ein

---

[33]) Ebenso Planck Bd. IV S. 579.

[34]) Siehe § 108 Abs. 1 B.G.B.; Abs. 2. daselbst bildet einen Ausnahmefall.

[35]) Für den Vertragsabschluss mit einem Abwesenden ist § 130 B.G.B. zu beachten.

[36]) Zustimmend Hesse Anm. 3 zu § 1829.

Ende in dem Zeitpunkte, in dem nach § 55 F.G.G. die Entscheidung über die Erteilung oder Versagung der Genehmigung nicht mehr abgeändert werden kann.

Das Gesetz sagt ungenau, dass die „Wirksamkeit des Vertrages von der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts abhänge"; dies ist richtig, insofern als ohne die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts der Vertrag niemals wirksam werden kann, unrichtig, weil die blosse Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht im stande ist, die Wirksamkeit des Vertrages herbeizuführen. Durch die ihm bekannt gemachte Genehmigung des Vormundschaftsgerichts erlangt vielmehr der Vormund nur die Rechtsmacht, den Vertrag zu perficieren; die Perfektion selbst hängt von einem freien Willensentschluss ab, den er nach freiem pflichtmässigen Ermessen zu fassen hat.[37])

Diesen Entschluss giebt der Vormund kund durch die Mitteilung an die Gegenpartei, dass das Vormundschaftsgericht ihm die Genehmigung erteilt habe; erst durch diese Mitteilung erhält die „Genehmigung" ihre Wirkung für die Gegenpartei, d.h. der Schwebezustand findet sein Ende durch die Perfektion des Vertrages. In gleicher Weise wird auch die die Genehmigung versagende Verfügung der Gegenpartei gegenüber wirksam. Die Wirksamkeit ist natürlich in diesem Falle gleichbedeutend mit der völligen Lösung des rechtlichen Bandes unter den Parteien. Natürlich ist „Mitteilung" im Sinne des § 1829 nur eine solche, aus der der Wille des Vormunds, den Schwebezustand zu beseitigen, hervorgeht; eine nur aus Gefälligkeit erfolgte, nicht in der Absicht r e c h t s geschäftlicher Erklärung abgegebene, vielleicht mit dem Zusatze, dass er von der Verfügung des Vormundschaftsgerichts keinen Gebrauch machen oder sie anfechten wol-

[37]) Siehe § 6 oben.

le, versehene Mitteilung des Vormunds hat nicht die oben aufgeführten Wirkungen.[38])

b. Da, wie bereits bemerkt, der Vormund vielleicht aus seiner Amtspflicht dem Mündel, nicht jedoch der Gegenpartei gegenüber zur „Mitteilung" der Genehmigung verpflichtet ist, hat er es in der Hand, durch lediglich passives Verhalten auch im Falle der Erteilung der Genehmigung das Zustandekommen des Vertrages zu vereiteln; ein „Rücktrittsrecht" liegt jedoch in dieser Möglichkeit nicht, schon um deswillen, weil dieses einen perfekten Vertrag voraussetzt.[39])

Weil die Entscheidung über das Zustandekommen des Vertrages so in der Hand des Vormunds liegt, muss man ihm auch die Rechtsmacht zuerkennen, jederzeit, vor und nach Erteilung der Genehmigung, durch Vertrag den Schwebezustand aufzuheben und so die Gegenpartei aus ihrer Gebundenheit zu entlassen.

c. Ist jedoch einmal die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts durch „Mitteilung" durch den Vormund der Gegenpartei gegenüber wirksam geworden, so ist die entstehende Rechtslage der Verfügungsmacht der Parteien entzogen. Die Parteien können nicht vereinbaren, dass der Schwebezustand wieder aufleben solle. Zur Aufhebung der den Vertrag perficierenden Rechtswirkung ist vielmehr ein regelrechter contrarius actus erforderlich, der in vielen Fällen, z.B. bei Rückgängigmachung eines Kaufvertrages über ein Grundstück, wiederum der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf. Its das Zustandekommen des Vertrages nach Vorstehendem vereitelt worden, muss

---

[38]) Zustimmend Breit a. a. O. S. 584, welcher nicht mit Unrecht bemerkt, dass der gesetzliche Vertreter, sobald er einen Bescheid vom Vormundschaftsrichter erhalten habe, sich eine gewisse Behutsamkeit in seinen Aeusserungen gegenüber dem andern Teile aufzuerlegen habe.

[39]) Zustimmend Breit S. 583; siehe auch Planck, Bd. IV Anm. 4 zu § 1829.

der Vertrag den Formvorschriften entsprechend neu geschlossen und von Neuem die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eingeholt werden.[40])

d. Eine Formvorschrift für die Mitteilung der Genehmigung an die Gegenpartei hat das Gesetz nicht aufgestellt; es genügt daher die formlose Erklärung, dass das Vormundschaftsgericht die Genehmigung erteilt bezw. verweigert habe, um die volle Rechtswirkung zu erzielen. Ein Recht der Gegenpartei, eine wörtliche Mitteilung der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts oder diese sogar in beweisender Form zu verlangen, ist nicht anzuerkennen.

e. Teilt der Vormund der Gegenpartei wahrheitswidrig die Verweigerung der Genehmigung mit, so ist in dieser Erklärung der Ausdruck des Willens enthalten, den Gegenkontrahenten aus seiner Gebundenheit zu entlassen; dazu ist der Vormund in der Lage;[41]) eine nachträgliche Perfektion des Vertrages durch „Mitteilung" der erteilten Genehmigung ist gegen den Willen der Gegenpartei daher ausgeschlossen.[42])

Eine der Wahrheit nicht entsprechende „Mitteilung", dass der Vertrag genehmigt sei, hat natürlich nicht die Wirkung der Wirksamkeit des Vertrages; erfolgt nachträglich nicht wirklich die „Genehmigung" und macht der Vormund nicht nochmals von ihr „Mitteilung", so kann die Gegenpartei den Vormund als Vertreter ohne Vertretungsmacht nach Massgabe der §§ 177-179 B.G.B. in Anspruch nehmen, da die Behauptung der Erteilung der Genehmigung der Behauptung voller Vertretungsmacht gleichsteht.

IV.a. Die Rechtsmacht des Vormunds, durch Mitteilung

---

[40]) Zustimmend Breit a. a. O. S. 583.
[41]) Siehe oben zu III b.
[42]) Anscheinend zustimmend Breit S. 583.

der Genehmigung den Vertrag zu perficieren, findet ihr natürliches Ende mit der Beendigung des Amtes des Vormunds; diese tritt kraft Gesetzes ein im Falle der Volljährigkeit und des Todes des Mündels. Teilt der Vormund der Gegenpartei die Genehmigung nach Beendigung seines Amtes mit, so ist er darin der „Mitteilung" der Genehmigung die Vornahme eines Rechtsgeschäftes liegt, der Vormund durch die „Mitteilung" den Vertrag erst rechtswirksam abschließt, falsus procurator und würde nach allgemeinen Grundsätzen als solcher haften.

a.a) Der § 179 Abs. 2 B.G.B. statuiert die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht auf das negative Vertragsinteresse ohne Rücksicht darauf, ob die Unkenntnis von dem Mangel seiner Vertretungsmacht eine verschuldete ist oder nicht. Diese Bestimmung führt, konsequent angewendet, zu grossen Härten. Dies gilt besonders für den Fall, dass der Vormund in unverschuldeter Unkenntnis von der durch den Tod seines Mündels eingetretenen Beendigung seines vormundschaftlichen Amtes der Gegenpartei die „Genehmigung" des Vertrages mitteilt. Diese Härte beseitigt das B.G.B., ohne das Prinzip des § 179 Abs. 2 zu durchbrechen; es bestimmt in §§ 1893, 1681, „dass der Vormund auch nach Beendigung seiner vormundschaftlichen Gewalt zur Fortführung der mit der Sorge für die Person und das Vermögen des Mündels verbundenen Geschäfte berechtigt ist, bis er von der Beendigung Kenntnis erlangt oder sie kennen muss." Diese Vorschrift bezweckt nicht etwa lediglich eine interne Sicherung des Vormunds durch Gewährung von Ersatzansprüchen gegen den Mündel bezw. dessen Erben; solche Ansprüche sind natürlich durch den § 1893 statuiert, allein sie genügen nicht zu einer völligen Sicherung des Vormunds. Diese wird erst dadurch erreicht, dass der Vormund, wenn er im Namen seines Mündels kon-

trahiert, nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht behandelt wird. Diese sachgemässe Regelung trifft dasB.G.B. durch § 1893, der dahin zu verstehen ist, dass die Vormundschaft, so lange ihre Beendigung dem Vormunde ohne sein Verschulden unbekannt bleibt, ihrem ganzen Umfange nach, also auch mit der kraft Gesetzes mit ihr verbundenen Vertretungsmacht, als fortbestehend g i l t.

Dies ist aus dem im § 1893 angezogenen § 1682 Abs.1 Satz 2 zu folgern, welcher bestimmt: „Ein Dritter kann sich auf diese Berechtigung nicht berufen, wenn er bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts die Beendigung der vormundschaftlichen Gewalt kennt oder kennen muss." Diese Bestimmung würde vollkommen überflüssig sein, wenn sie sich lediglich auf die Liquidation des negativen Vertragsinteresses von dem ohne Vertretungsmacht kontrahierenden Vormund bezöge, die schon durch § 179 Abs. 3 ausgeschlossen ist; sie hat nur Sinn, wenn sie bedeutet: Die Fortdauer der Vertretungsmacht über die Beendigung der Vormundschaft ist eine Regelwidrigkeit, die ihre Rechtfertigung allein in dem Schutze des gutgläubigen Vormunds finden kann. Sie über diesen Zweck hinnaus auszudehnen und zu bestimmen: So lange der Vormund ohne sein Verschulden die Beendigung der Vormundschaft nicht kennt, kann jeder ohne Rücksicht auf seinen guten Glauben mit Wirkung für den Mündel bezw. dessen Erben mit ihm kontrahieren, wäre sinnlos. Nur so erklärt sich die Bestimmung der §§ 1893, 1682 Abs. 1 Satz 2.[43])

Befindet sich somit der Vormund im Momente der Abgabe der Genehmigungserklärung, die Gegenpartei in dem Augenblicke, in dem diese Erklärunng ihr gegenüber

---

[43]) Im Ergebnisse ohne Begründung zustimmend Hesse zu § 1893, Planck zu §§ 1893, 1682, 1424; Windscheid-Kipp Bd. III S. 143; Böhme S. 173; Fuchs S. 233; Endemann Bd. II, 2 S. 947.

wirksam wird, in einer nicht auf Fahrlässigkeit beruhenden Unkenntnis über die Beendigung der Vormundschaft, so wird der Vertrag zwischen dem Mündel und der Gegenpartei rechtsgültig geschlossen.

b.b) Ist der Mündel unbeschränkt geschäftsfähig geworden, so vermag er durch entsprechende Mitteilung an den Vertragsgegner ohne Rücksicht auf das Vorhandensein der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung den Vertrag zu perficieren.

b. Das Gesetz sagt nicht, wann der Schwebezustand, wenn er nicht durch Mitteilung der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts an der Vertragsgegner aufgehoben wird, spätestens sein Ende erreicht.

Die Konsequenz, dass es danach der Vormund in der Hand habe, dem Vertragsgegner, der vielleicht garnicht mehr an die Perfektion des Vertrages denkt, nach langer Zeit die Genehmigung „mitzuteilen," würde äusserst unbillig sein; sie würde dem Vormund erlauben, auf Kosten des Vertragsgegners zu spekulieren. Es entspricht daher Treu und Glauben, das Recht des Vormunds, die Genehmigung „mitzuteilen", auf einen Zeitraum zu beschränken, in dem nach der Verkehrsauffassung der Gegenkontrahent diese Mitteilung billig noch erwarten kann.[44])

c. Damit ist den berechtigten Interessen des Vertragsgegners jedoch noch nicht genügt; diese verlangen, dass es ihm ermöglicht werde, den Zeitraum seiner Gebundenheit zu umgrenzen; diese Möglichkeit gewährt ihm § 1829 Abs. 2:

„Fordert der andere Teil den Vormund zur Mitteilung darüber auf, ob die Genehmigung erteilt sei, so kann die Mitteilung der Genehmigung nur bis zum Ablaufe von zwei Wochen nach dem Empfange der Aufforderung

[44]) Zustimmend Breit a. a. O. S. 589.

erfolgen; erfolgt sie nicht, so gilt die Genehmigung als verweigert."

Die „Aufforderung", ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft, beschränkt den Schwebezustand auf einen Zeitraum von zwei Wochen; die Frist, innerhalb der die Mitteilung der Genehmigung an die Gegenpartei noch rechtswirksam erfolgen kann, endet mit dem Ablaufe desjenigen Tages der zweiten Woche, welche durch seine Benennung dem Tage entspricht, an dem die „Aufforderung" dem Vormunde gegenüber wirksam geworden ist. Die Aufforderung" kann, abgesehen von dem Falle, dass der Mündel inzwischen unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist, nur an den Vormund gerichtet werden; eine Aufforderung an das Vormundschaftsgericht oder gar den Mündel ist wirkungslos; für den Fall, dass der Mündel vorübergehend ohne gesetzlichen Vertreter ist, wird man annehmen müssen, dass bis zur Bestellung eines neuen Vormundes eine „Aufforderung" unmöglich ist.[46]) Innerhalb dieser Frist muss nicht allein die Genehmigung dem Vormunde gerichtsseits bekannt gemacht sondern auch der Gegenpartei „mitgeteilt" sein. Für das Gericht erwächst aus dieser Bestimmung die Verpflichtung, die Beschlussbefassung nach Möglichkeit zu beschleunigen.[47])

Die Gegenpartei kann wohl die Bestimmung einer längeren, nicht einer kürzeren, Frist mit ihrer „Aufforderung" verbinden; auch wird man ihr, da die Bestimmung lediglich in ihrem Interesse getroffen ist, das Recht zugestehen müssen, durch einseitige Erklärung vor Ablauf der Frist diese um eine beliebige Zeit zu verlängern.

Ist jedoch der Fristablauf erfolgt, so „gilt die Geneh-

[45]) Siehe § 188 B.G.B.
[46]) So auch Breit S. 589.
[47]) So Hesse, Kommentar Anm. 7 zu § 1829.

migung als verweigert;" d. h. es tritt derselbe Rechtszustand ein, als wenn die Mitteilung der Verweigerung der Genehmigung durch den Vormund erfolgt wäre, völlige Auflösung der bestehenden rechtlichen Beziehungen.

Die Parteien sind nicht mehr in der Lage, durch einseitige Erklärung oder Vereinbarung den Schwebezustand und damit die Möglichkeit der Perfektion des Vertrages wiederherzustellen; die Rechtslage ist ihrer Disposition in gleicher Weise entzogen wie im Falle einer wirklich erfolgten „Mitteilung" der Verweigerung.

Da Mangels engegenstehender Bestimmung anzunehmen ist, dass der Gegenkontrahent seine „Aufforderung" gleich beim Abschluss des genehmigungsbedürftigen Vertrages dem Vormunde erklären darf, kann er die Zeit seiner Gebundenheit auf zwei Wochen im Ganzen beschränken.

d. Weitergehende Rechte hat der Gegenkontrahent im Falle des § 1830 B.G.B.:

„Hat der Vormund dem anderen Teile gegenüber der Wahrheit zuwider die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts behauptet, so ist der andere Teil bis zur Mitteilung der nachträglichen Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Widerruf berechtigt, es sei denn, dass ihm das Fehlen der Genehmigung bei dem Abschlusse des Vertrags bekannt war."

Der Paragraph enthält eine Ausnahme von dem Princip, dass der, welcher mit dem Vormund einen genehmigungsbedürftigen Vertrag abgeschlossen hat, zunächst seinerseits an ihn gebunden ist. Das Gesetz gewährt ihm das Recht, durch eine einseitige empfangsbedürftige Erklärung, den „Widerruf", die rechtlichen Beziehungen der Parteien zu lösen.

Voraussetzung des Rechts ist die objektiv wahrheits-

widrige Behauptung des Vormunds oder selbst abschliessenden Mündels, dass die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zum Abschlusse vorhanden sei; dass die Behauptung auch subjektiv wahrheitswidrig sein müsse, ist nach der Fassung des Gesetzes nicht zu erfordern.[48]) Erforderlich ist ferner der gute Glaube der Gegenpartei insofern, als das Recht aus § 1830 dem nicht zustehen soll, der durch die wahrheitswidrige Behauptung nicht getäuscht worden ist, weil er wusste, dass die Genehmigung noch nicht erteilt war; blosse Zweifel an der Wahrheit der Behauptung und auch die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Unwahrheit schliessen das Widerrufsrecht nicht aus. Der gute Glaube muss zur Zeit des Abschlusses des Vertrages vorhanden sein; hat der Mündel selbst ohne Einwilligung seines Vormundes abgeschlossen so ist die Erklärung der Genehmigung des Vormunds der entscheidende Zeitpunkt.[49]) Nach der Fassung des Gesetzes muss endlich die wahrheitswidrige Behauptung zur Zeit des Abschlusses des Vertrages aufgestellt sein; spätere wahrheitswidrige Behauptung begründet nicht das „Widerrufsrecht."[50])

Die Widerrufserklärung muss, um wirksam zu sein, an den Vormund gerichtet werden; ob auch in dem Falle, dass der Mündel selbst den Vertrag unter Zustimmung seines Vormunds abgeschlossen hat, kann zweifelhaft erscheinen, ist jedoch m.E. zu verneinen. Die Erklärung muss dem Vormund gegenüber abgegeben sein, ehe der Vormund dem Vertragsgegner die „Mitteilung" der wirklich erfolgten Entscheidung des Vormundschaftsgerichts gemacht hat.

Erfolgt die Mitteilung der Genehmigung früher, so ist

[48]) Ebenso Hesse, Anm. zu § 1830; Planck IV Anm. zu 1830; Biret S. 591.

[49]) Planck a. a. O. Anm. 2 zu § 1830.

[50]) Ebenso Planck Anm. 3, Hesse Anm. 4 zu 1830 B.G.B.

der Vertrag voll wirksam, wird die Verweigerung der Genehmigung mitgeteilt, so ist schon dadurch der Schwebezustand gelöst und um deswillen der Widerruf wirkungslos.

Folge des Widerrufs ist die Lösung des Schwebezustandes und die Unmöglichkeit nachträglicher Perfektion des Vertrages.

Die Behauptung bezw. Beweislast für den Fall des Streites über die durch Widerruf erfolgte Lösung des Schwebezustandes ergiebt sich nach den allgemeinen im B.G.B. angenommenen Grundsätzen aus der Fassung des § 1830.[51])

Ergiebt sich nach Vorstehendem die Unmöglichkeit der Perfektion des Vertrages, so kann der Gegenkontrahent den Vormund als Vertreter ohne Vertretungsmacht in Anspruch nehmen.

V. Die Kompliziertheit der endgültigen Perfektion des Vertrages im Falle nachträglicher Genehmigung kann mit Rücksicht auf die Rechtsunkenntnis der Parteien leicht zu Weiterungen und Unzuträglichkeiten Anlass geben.

a. Eine Vereinfachung des Verfahrens kann erzielt werden, wenn der genehmigungsbedürftige Vertrag von einem Notar beurkundet ist. Es steht nichts im Wege, dass der Vormund den beurkundenden Notar zur Empfangnahme der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung und zur Mitteilung derselben an die Gegenpartei „ermächtigt,"[52]) der seinerseits nun ebenfalls den Notar „ermächtigt," die Genehmigung an seiner Statt in Empfang zu nehmen. Das Recht zur Empfangnahme der Mitteilung des Vormundschaftsgerichts, dass die Genehmigung erteilt sei, folgt aus dem Amte des Vormunds und ist höchstpersönlicher Natur; doch wird man es für zulässig erachten müssen, dass der Vormund einen Zustellungs-

[51]) Siehe auch Planck Anm. zu § 1830.
[52]) Diesen allgemeinen Ausdruck gebraucht Planck Bd. IV S. 578. 3.

bevollmächtigten bestellt, der auch der beurkundende Notar sein kann.[53])

Die „Mitteilung" der Genehmigung ist Rechtsgeschäft, bei dessen Vornahme die Stellvertretung grundsätzlich zulässig ist.

Dass der Notar von der Rechtsmacht, in Stellvertretung des Vormunds den Vertrag zu perficieren, Gebrauch machen will, muss äusserlich in die Erscheinung treten; es ist daher m.E. nicht richtig, wenn Planck[54]) behauptet, dass in diesem Falle der Vertrag mit dem Zugange der Mitteilung des Vormundschaftsgerichts, dass die Genehmigung erteilt sei, voll wirksam werde.

Der früheste Zeitpunkt der Wirksamkeit fällt zusammen mit dem Augenblick, in dem der Notar von der Verfügung wirklich Kenntnis nimmt; dass der Notar den Willen gehabt hat, den Vertrag zu perficieren, kann eventuelll durch sein Zeugnis festgestellt werden. Zweckmässig ist es jedoch, wenn der Notar diesen seinen Willen in irgend einer Weise äusserlich, etwa durch Benachrichtigung beider Parteien, dokumentiert.

Ueblich und zweckmässig ist diese Vereinfachung des Verfahrens namentlich, wenn dem Vormund eine grosse Anzahl von Kontrahenten gegenüber stehen.[55])

So weit nach den oben[56]) entwickelten Grundsätzen im Falle der Beendigung der Vormundschaft die Perfektion des Vertrages durch die unverschuldete Unkenntnis der Parteien von dem Ende der Vertretungsmacht des Vormundes bedingt ist, kommen abgesehen von dem Notar auch beide Parteien in Betracht (§ 166 B.G.B.).

---

[53]) Dieses ist auch allgemein in Literatur und Judikatur anerkannt; siehe auch Beschluss des Bayer. Oberst-L.G. in Jur.-Zeitung 1903 S. 407. Beschluss des Landgerichts Coblenz im Centralblatt Bd. II S. 738.

[54]) Bd. IV Seite 578.

[55]) Siehe Kockerols. Centralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat Bd. I S. 438.

[56]) unter IVa.

b Von dem Erfordernis einer ausdrücklichen „Mitteilung" an die Gegenpartei wird man auch absehen, wenn die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dem Vormund in Gegenwart der Gegenpartei bekannt gemacht wird; hier wird man eine stillschweigende „Mitteilung" annehmen dürfen, wenn der Vormund seinem entgegengesetzten Willen keinen Ausdruck verleiht.[57])

VI. Dagegen ist ein vertragsmässiger Verzicht auf die „Mitteilung" der Genehmigung an die Gegenpartei und die Vereinbarung, dass mit der gerichtlichen Bekanntmachung der Genehmigung an den Vormund der Vertrag wirksam sein solle, für unzulässig zu erachten.

Das Gesetz hat dem Vormund die Möglichkeit freier Entschliessung auch nach Erteilung der Genehmigung geben wollen; darauf zum Nachteile des Mündels zu verzichten, ist der Vormund nicht in der Lage, denn das Vormundschaftsrecht ist zwingendes Recht.[58] [58*]) Wenn das Gesetz die Zulässigkeit des Verzichts hätte anerken-

[57]) Die preussischen Formulare für einen Alimentenvergleich schliessen mit den Worten: „Es wurde eröffnet, dass die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erteilt werde." Auf Grund eines solchen Protokolles wird, so viel bekannt geworden ist, überall eine vollstreckbare Ausfertigung desselben erteilt, wenn sich der ausserehelichе Vater der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat.

[58]) Zustimmend Schultheis im Centralblatt Bd. III S. 265, Schmid ebenda S 270, L.G. Coblenz a. a. O. Abweichend Breit a. a. O. S. 586.

[58*]) Das Bayer. Oberst-Landesgericht führt in dem Beschlusse vom 28. Nov. 1901 (Rechtsprechung Bd. IV S. 114) aus, es stehe nichts im Wege, dass die anderen Beteiligten auf die Mitteilung in dem Sinne verzichten, wie bei der Vertragsschliessung nach § 151 auf die Annahmeerklärung verzichtet werden kann, dass sie dem Vormund (Pfleger) gestatten, seinen Entschluss, von der Genehmigung Gebrauch zu machen, in anderer Weise zu betätigen, was in concreto dadurch geschehen könne, dass er auf Grund der ihm erteillen Genehmigung die Vollziehung der Umschreibung veranlasse.

Das ist zweifellos zulässig, da durch eine solche Vereinbarung der Vormund sein Recht, frei über die Perfektion des Vertrages zu entscheiden, nicht aus der Hand gegeben hat. Nur auf dieses Recht kann er nicht verzichten; auch nur dies wollen die obigen Ausführungen besagen.

nen wollen, würde es das nach der ganzen Anlage der einschlägigen Bestimmungen unzweifelhaft besonders angeordnet haben.

VII. Wenn auf einen der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedürftigen Vertrag ein obrigkeitlicher Akt erfolgt z.B. eine Eintragung in ein öffentliches Register oder die Bestätigung eines Adoptionsvertrages, so ist der Behörde nicht allein die Erteilung der Genehmigung nachzuweisen,sondern auch darzutun,dass die Genehmigung der Gegenpartei gegenüber wirksam geworden ist.Dies ergiebt sich aus der in allen diesen Fällen der Behörde obliegenden Verpflichtung, zu prüfen, ob jedenfalls äusserlich ein rechtswirksam geschlossener Vertrag vorliegt.[59 60])

VIII. Nach § 1882 B.G.B. endigt die Vormundschaft mit dem Wegfalle der in § 1793 für die Anordnung der Vormundschaft bestimmten Voraussetzungen, also zweifellos durch den Tod und die Volljährigkeit des Mündels,[61]) und zwar endigt die Vormundschaft ipso jure, ohne dass es eines die Endigung aussprechenden Gerichtsbeschlusses bedürfte. Der Begriff der „Vormundschaft" umfasst alle im Interesse des Mündels erforderlichen Fürsorgetätigkeiten;es ist also durch § 1882 ausgedrückt, dass alle nach Beendigung der Vormundschaft in Interesse des Mündels vorgenommenen Handlungen kraft Gesetzes ihres Charakters als vormundschaftlicher entbehren. Dies gilt für alle Handlungen des Vormunds, gleichviel, ob sie rechtsgeschäftlicher Natur sind oder nicht, und muss wegen des Begriffs „Vormundschaft" auch für die mit Bezug auf einen bestimmten Mündel vorgenommenen obrigkeitlichen Akte des Vormundschaftsgerichts gelten, obwohl mit Rücksicht auf die Permanenz der staatlichen

[59]) Ebenso Breit S. 598 im Ergebnis; siehe auch oben Anm. 57.
[60]) Näheres für das Grundbuchrecht unten im § 11.
[61]) Siehe jedoch mit Rücksicht auf das Verhältnis des Vormunds zum Mündel § 1833 B.G.B.

Behörde eine andere Behandlung vielleicht konsequenter wäre.

Endigt die Vormundschaft durch Volljährigkeit, so ist der Mündel selbst in der Lage, den genehmigungsbedürftigen Vertrag zu perficieren. (§ 1829. Abs. 3 B.G.B.). Schwierigkeiten entstehen jedoch bei der Beendigung des vormundschaftlichen Amtes durch den Tod des Mündels.

Ist dem Vormund gegenüber die Genehmigung zur Zeit des Todes des Mündels noch nicht rechtswirksam bekannt gemacht, so ist eine Perfektion des Vertrages auch bei unverschuldeter Unkenntnis beider Parteien (§ 1893 B.G.B.) ausgeschlossen, da die nach dem Tode des Mündels erteilte Genehmigungsverfügung kraft Gesetzes unwirksam ist und infolgedessen nicht die Kraft hat, dem Vormunde die unbeschränkte Geschäftsfähigkeit zu verleihen.

Dass der noch in der Schwebe befindliche Vertrag ohne Weiteres für die Erben des Mündels verbindlich sei, wird niemand behaupten können; fraglich kann nur sein, ob die Erben des Mündels den Vertrag durch rechtsgeschäftliche Genehmigungserklärung gegenüber der Gegenpartei voll wirksam machen können.

Rehbein[62]) meint, dass das Gesetz für die Bejahung keinen Anhalt eröffne, und verneint aus diesem Grunde principiell die Frage. Dieser Anhaltspunkt ist jedoch m.E. in § 153 B.G.B. gegeben. Man wird deshalb im Einzelfalle untersuchen müssen, ob für einen Vertrag die Person des Mündels so wesentlich ist, dass der Wille der Gegenpartei darauf gerichtet war, nur mit ihm abzuschliessen, oder ob die Gegenpartei eventuell auch mit den Erben des Mündels kontrahieren wollte, und im ersten Falle das Genehmigungsrecht versagen, im zweiten dage-

[62]) Kommentar S. 101.

gen eine nachträgliche Perfektion durch die Erben gestatten.[63])

§ 10.

Die Bedeutung eines wesentlichen Irrtums des genehmigenden Vormundschaftsrichters für das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft und die Frage nach der Rückwirkung der Genehmigung.

Die herrschende Meinung in Theorie und Praxis erkennt die Verschiedenheit der rechtsgeschäftlichen Genehmigungserklärung und der „Genehmigung" des Vormundschaftsgerichts im Princip durchaus an; sie sieht ebenfalls in der vormundschaftsrichterlichen Genehmigung einen obrigkeitlichen Akt. Die Konsequenzen aus dieser Auffassung zu ziehen, lehnt sie jedoch ab; sie entscheidet sich mit Rücksicht auf einige Aeusserungen in den Motiven[64]) ohne nähere Begründung principiell für eine analoge Anwendung der für die rechtsgeschäftliche Genehmigung geltenden Grundsätze auf den Staatsakt der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung[65]). Unsern abweichenden Standpunkt haben wir bereits oben präcisiert.[66])

I. Beantworten wir zunächst die Frage: Hat ein wesentlicher Irrtum des Vormundschaftsrichters Bedeutung für das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft; kann aus diesem Grunde der Vormund das genehmigte rechtswirksam gewordene Rechtsgeschäft anfechten?

Das Reichsgericht hat verschiedentlich[67]) in preussisch-

[63]) So auch Kammergericht in der Entscheidung vom 5. April 1902. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 4 S. 417; Breit S. 600.

[64]) Siehe die oben in § 4 citierten Stellen.

[65]) Siehe auch Breit a. a. O. S. 401, 402.

[66]) siehe § 4 oben.

[67]) Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 25. S. 282, 283; Bd. 50 S. 284.

rechtlichen Sachen, in denen eine Verletzung der preussischen Vormundschaftsordnung gerügt wurde, sich für die Bejahung der Frage entschieden, obwohl über die Stellung des Vormundschaftsgerichts unter der Herrschaft der preussischen Vormundschaftsordnung kaum ein Zweifel herrschte und das Reichsgericht selbst hervorhebt, dass die Erteilung der Genehmigung nicht als rechtsgeschäftliche Vertretung aufzufassen sei. Es argumentiert in der Entscheidung Bd. 25 S. 282 ff; „Der § 46 der preuss. V.O. bestimmt, dass ein ohne die nach §§ 41, 42 erforderliche Genehmigung abgeschlossenes Rechtsgeschäft nur dieselbe Wirksamkeit hat wie ein von dem Mündel, welcher sich mit Genehmigung des Vormunds verpflichten kann, ohne dessen Genehmigung abgeschlossenes Geschäft. Ist nun aber der fehlenden Genehmigung des Vormundschaftsgerichts dieselbe rechtliche Bedeutung beigemessen wie sonst der fehlenden Genehmigung des Vormunds, so ist auch der Schluss nicht von der Hand zu weisen, dass gleichfalls die erteilte Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in den vorgenannten Fällen dieselbe Bedeutung hat, wie sonst die erteilte Genehmigung eines Vormundes. Die Genehmigung, welche das Vormundschaftsgericht dem von dem Vormunde als dem Vertreter des Mündels vorgenommenen Rechtsgeschäfte erteilt, steht daher ebenfalls, wenngleich eine Vertretung des Mündels durch das Vormundschaftsgericht nicht angenommen werden kann, unter den von den Willensfehlern der Willenserklärung geltenden Rechtsnormen." Das Reichsgericht hat für seine Entscheidung hauptsächlich nur das rein äusserliche Argument, dass sich der § 46 in Abschnitt II. Unterabschnitt II. V.O., welcher von der Führung der Vormundschaft handelt, befindet. Anderer Meinung sind schon für das preussische Recht Dernburg - Schultzenstein.[68])

[68]) Vormundschaftsordnung S. 85.

Im B.G.B. findet sich eine dem § 46 V.O. entsprechende Bestimmung nicht; es ist daher m.E. unmöglich, den in der citierten Reichsgerichtsentscheidung aufgestellten Rechtssatz auch für das B.G.B. anzuerkennen, wie dies — freilich zögernd — von Planck geschehen ist.[69]) Es ist zuzugestehen, dass die Ansicht Planck's praktisch durch aus brauchbar ist, doch darf uns diese Zweckmässigkeitserwägung nicht bestimmen, von den Regeln juristischer Konsequenz abzuweichen. Uebrigens kommt man auch zu praktisch durchaus haltbaren Resultaten, wenn man von einer Anwendung der nur für Rechtsgeschäfte geltenden Grundsätze über die Wirkung der sog. „Willensfehler" auf die nicht rechtsgeschäftliche Genehmigung des Vormundschaftsgerichts absieht.

Befand sich z.B. der Vormund beim Abschluss eines Vertrages im wesentlichen Irrtum, so genügt dies zur Anfechtbarkeit des Vertrages, „kolludierte er (der Vertragsgegner) dagegen mit dem Vormund, so kann er natürlich aus der erschlichenen Genehmigung keine Rechte für sich in Anspruch nehmen."[70] [71]).

II. Hat die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts rückwirkende Kraft?

Die Frage ist in der Literatur allgemein bejaht und zwar wesentlich nur mit Rücksicht auf eine Stelle in den Motiven Bd. I. S. 247: „Die Rückwirkung der Genehmigung auf die Zeit, in welcher das genehmigte Rechtsgeschäft vorgenommen worden ist, bildet, auf die einzel-

[69]) Kommentar Bd. IV S. 564; ebenso jetzt auch Breit a. a. O. S. 594, 595.

[70]) Dernburg-Schultzenstein, a. a. O. S. 85.

[71]) Für die hier vertretene Ansicht hat sich auch ausgesprochen Rausnitz in Busch's Zeitschrift Bd. 25. S. 188: „Die Genehmigung übt eine rechtserzeugende Wirkung aus, und zwar in Verbindung mit Rechtsgeschäften der Beteiligten. Sie ist von letzterer aber wohl zu unterscheiden; sie ist kein Rechtsgeschäft und hat keinen rechtsgeschäftlichen Charakter, wie irrtümlich von dem preussischen Kammergericht und dem Reichsgericht (Bd. 25. S. 281) angenommen ist. etc."

nen Fälle gesehen, die Regel."

Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hat nach dem System des B.G.B. niemals die Wirkung unmittelbarer Perfektion des Vertrages; erst wenn der Vormund freiwillig der Gegenpartei die Genehmigung „mitteilt," wird der Vertrag perfekt in dem Augenblicke, in dem nach allgemeinen Grundsätzen rechtsgeschäftliche Willenserklärungen, die einem Andern gegenüber abzugeben sind, wirksam werden.

Aus diesem Grunde ist m.E. das Problem unrichtig gestellt. Es muss lauten: Hat die „Mitteilung" des Vormunds an die Gegenpartei, dass das Vormundschaftsgericht die Genehmigung erteilt habe, rückwirkende Kraft?

Die Frage ist zu bejahen, denn die „Mitteilung" an die Gegenpartei ist Rechtsgeschäft: nicht das Vormundschaftsgericht genehmigt recht eigentlich den Vertrag, sondern der Vormund durch die „Mitteilung."[72])

Die Rückwirkung ist ein essentiale der Genehmigung; der Genehmigende kann sie nicht ausschliessen, denn der Gegner hat ein Recht auf unbeschränkte Entscheidung.[73]) Der Vertrag wird deshalb kraft gesetzlicher Fiktion, was seine Voraussetzungen und Wirkungen angeht, als schon im Moment der Festsetzung des Vertragsinhalts rechtswirksam zustande gekommen behandelt.[74])

Wir kommen so zu demselben Resultat wie die herrschende Meinung, jedoch aus wesentlich anderen Gründen. Es ist richtig, so paradox es klingen mag: Die „Genehmigung" des Vormundschaftsgerichts hat deshalb rückwirkende Kraft, weil sie nicht die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist.

Sonach weicht unsere Auffassung von der ab, welche

[72]) So auch Schulkheis im Centralblatt: Bd. III S. 263.
[73]) Regelsberger. Pand. S. 599.
[74]) B.G.B. § 184; siehe auch Regelsberger a. a. O., Windscheid-Kipp I. § 74. Anm. 6; Planck Anm. zu § 184.

Seuffert[75]) — allerdings für das gemeine Recht — vertritt. Er argumentiert:

„Es kann sein, dass das Veräusserungsgeschäft von den Parteien vorbehaltlich der Einholung des obrigkeitlichen Consenses abgeschlossen wird. Dann liegt ein pactum de contrahendo oder de alienando vor, welches beiden Teilen den Rücktritt bis nach der Entscheidung darüber, ob das Dekret verweigert oder erteilt wird, abschneidet.

Hier ist die Absicht der Parteien darauf gerichtet, dass das Veräusserungsgeschäft selbst erst mit dem obrigkeitlichen Dekret ins Leben treten soll. Das Geschäft trägt sonach das Datum des obrigkeitlichen Dekretes, nicht das Datum des pactum de contrahendo, so wenig, wie das Darlehen, das in Folge eines pactum de mutuo dando gegeben wird, das Datum des letzteren Vertrages trägt. Eine andere Wirkung des obrigkeitlichen Consenses würde der Absicht der Parteien direkt entgegenlaufen."

Diese Construktion entspricht nicht der oben dargelegten Auffassung des B.G.B.

§ 11.

Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung im Grundbuchverkehr.

Der § 873 Abs. 1 B.G.B. lautet:

„Zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstücke, zur Belastung eines Grundstücks mit einem Rechte sowie zur Uebertragung oder Belastung eines solchen Rechtes ist die Einigung des Berechtigten und des andern Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein Anderes vorschreibt."

[75]) Ratihabiton. S. 98.

Danach ist die „Einigung" notwendiges Erfordernis der gültigen Vornahme der genannten Rechtsgeschäfte. Die „Einigung" ist grundsätzlich formlos; sie kann der „Eintragung" vorausgehen oder nachfolgen; nur in einem Falle, bei der Auflassung, hat das Gesetz sie formalisiert. (§ 925 B.G.B.)

I. Die Konsequenz ist, dass es nicht Sache des Grundbuchamtes sein kann — abgesehen von der Auflassung — nach dem Vorhandensein der Einigung zu forschen. Die Grundbuchordnung (§ 19) hat deshalb principiell das Konsensprincip angenommen. Das Grundbuchamt hat eine Eintragung vorzunehmen, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. „Die Eintragungsbewilligung ist eine formell einseitige Erklärung, deren Gegenstand nicht die Rechtsveränderung sondern die Eintragung ist."[76]) Die die Bestellung einer Hypothek an einem Mündelgrundstücke vorbereitende Eintragungsbewilligung kann daher die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts[77]) nur als vorherige vertragen.[78]) Sie ist jedoch noch eine vorherige, wenn sie in dem Augenblicke dem Vormund bekannt gemacht ist, in dem die Eintragungsbewilligung dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben wird, ohne Rücksicht darauf, wann die Eintragungsbewilligung beurkundet ist.[79])

Nach § 29 G.B.O. soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen vor dem Grundbuchamte zu Protokoll gegeben oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Andere Voraussetzungen der Eintragung be-

[76]) Obernecк. S. 117.2.

[77]) Erforderlich nach § 1821 Abs. 1 No. 1; cfr. Planck zu diesem Paragraphen.

[78]) So auch Beschluss des Kammergerichts vom 21. Mai 1902 in der Rechtspr. der O.L.G. Bd. V. S. 406. 407.

[79]) Siehe § 8 oben unter IV.

dürfen, so weit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden.

Die Vorschrift ist, wie der Gebrauch des Wortes „sollen" ausdrückt, eine Ordnungsvorschrift.

„Voraussetzung der Eintragung" ist auch die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung insofern, als auf Grund der Eintragungsbewilligung die Eintragung nur vorgenommen werden kann, wenn der Bewilligende zur Bewillgung auch die Rechtsmacht besitzt. Dies versteht sich von selbst, ist daher im Gesetz gar nicht ausdrücklich hervorgehoben. Die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung ist daher dem Grundbuchrichter durch öffentliche Urkunden nachzuweisen, da sie erst dem Vormunde die Rechtsmacht verleiht, die Eintragung rechtswirksam für den Vormund zu bewilligen. Als „öffentliche Urkunde" wird in der Regel eine vom Gericht oder vom Notar hergestellte beglaubigte Abschrift der Genehmigungsverfügung in Frage kommen. Dass dem Vormund die Genehmigung rechtswirksam bekannt gemacht ist, ist mit Rücksicht auf § 16 F.G.G. ebenfalls nachzuweisen; doch wird man in der Regel von diesem Nachweise absehen, da aus dem Besitze der Verfügung eine Vermutung für deren rechtswirksame Bekanntmachung spricht. Wird dem Grundbuchamte die Genehmigung in beglaubigter Abschrift etc. nicht im Augenblicke der Abgabe der Eintragungsbewilligung vorgelegt, so wird ihm mit Rücksicht auf § 1831 Abs. 1 auch der Zeitpunkt der Bekanntmachung an den Vormund durch öffentliche Urkunde nachzuweisen sein. Das kann geschehen durch Vorlegung der Zustellungsurkunde oder einer beglaubigten Abschrift des Protokolles, wenn dem Vormund die Genehmigung zu Protokoll eröffnet worden ist.[80])

[80]) Für das Erfordernis des Nachweises der Genehmigung hat sich ausgesprochen Schultheis im Centralblatt Bd. III S 264, dagegen Schlomka ebendaselbst Bd. II S. 871 ff. Er geht von falschen Vor-

Hat das Grundbuchamt ohne vorherige vormundschaftsgerichtliche Genehmigung eine Hypothekeneintragung vorgenommen, so liegt in seinem Verhalten eine Ordnungswidrigkeit, eine Verletzung des § 19 G.B.O. Für die Frage, ob trotzdem eine wirksame Hypothek entstehen kann, ist das materielle Recht des B.G.B. entscheidend; sie ist zu bejahen. Das B.G.B. fordert — abgesehen von der Uebergabe des Briefes bei der Verkehrshypothek (§ 1117 B.G.B.) — zur rechtswirksamen Entstehung der Hypothek ausser dem Formalerfordernis der „Eintragung" nur eine wirksame „Einigung."

Eine Eintragungsbewilligung neben einer wirksamen Einigung ist nach der zutreffenden Judikatur des Kammergerichts[81]) nicht einmal Formalerfordernis nach § 19 G.B.O., keinenfalls ein materielles. Erfolgt deshalb mit Genehmigung des Vormundschaftgerichts eine wirksame Einigung, so kommt die Hypothek zur Entstehung.[82])

Eine Verletzung des § 29 G.B.O. über den Nachweis der Genehmigung ist bei deren Vorliegen ohne jede Bedeutung.

II .In der Wissenschaft herrscht Streit über die Rechtsnatur der Auflassung. Eccius[83]) meint insbesondere, dass, wenn die Einigung beim Rechtsverkehre über Grundstücke auch als Vertrag aufzufassen sei, doch zweifellos auf sie nicht die allgemeinen Regeln über den Vertragsabschluss anwendbar seien. Die Entscheidung der Frage ist von präjudizieller Bedeutung für die Zulassung nachträglicher Genehmigung in allen Fällen der Einigung. Mit

---

aussetzungen aus. Er meint (S. 881), das Verlangen des Nachweises der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durch den Grundbuchrichter könne nur als Betätigung vormundschaftlicher Fürsorge beurteilt werden, diese sei aber nicht seines Amtes.

[81]) Beschluss vom 9. Juni 1902 bei Johow Bd. XXIV. S. A. 231 ff.

[82]) Zustimmend Breit a. a. O. S. 578; siehe auch Willenbücher, Grundbuchordnung. Anm. 6 zu § 19 G.B.O.

[83]) bei Gruchot. Bd. 47. S. 51.

der durchaus herrschenden Ansicht in Theorie und Praxis[84]) entscheiden wir uns für die Vertragsnatur der Einigung und die Anwendbarkeit der allgemeinen Normen über den Vertargsschluss, lassen damit auch die nachträgliche Genehmigung bei der Einigung zu.

Damit ist jedoch noch nicht die Frage entschieden, ob nicht durch die besondere Fassung des § 925 B.G.B.:

„Die zur Uebertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 erforderliche Einigung des Veräusserers und des Erwerbers (Auflassung) muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgt ist unwirksam."

die nachträgliche Genehmigung bei der Auflassung ausgeschlossen ist.

Eine eigentliche Bedingung oder Zeitbestimmung liegt in dem Erfordernis der Genehmigung nicht, und auf condiciones juris findet die Vorschrift des § 925 Abs. 2 keine Anwendung.

Die Frage nach der Zulassung der nachträglichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung ist deshalb gleichbedeutend mit der, ob eine nachträgliche rechtsgeschäftliche Genehmigung einer durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommenen Auflassung erfolgen kann. Die Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung bei der Auflassung ist unzweifelhaft. Nach der richtigen Argumentation des Kammergerichts in der Entscheidung vom 4. März 1901[85]) liegt deshalb kein Grund vor, eine Auflassung durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht für nichtig zu erklären; dem Erfordernis, dass die Auf-

---

[84]) Siehe die Zusammenstellung in der unter No. 185 angeführten Kammergerichtsentscheidung.

[85]) Im Centralblatt. Bd. II S. 60 ff; gegen diese Entscheidung Eccius in der deutschen Juristenzeitung S. 61 ff. 95 des Jahrganges 1902.

lassungserklärung bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Kontrahenten vor dem Grundbuchamte abgegeben werden müsse, wird auch genügt, wenn einer oder beide Kontrahenten durch Vertreter ohne Vertretungsmacht erscheinen, da der Zweck der Vorschrift lediglich ist, „der bei andern Verträgen zugelassenen successiven Beurkundung der beiderseitigen Erklärungen entgegenzutreten."[86])

Da das neue Recht eine den §§ 46, 48 preuss. G.B.O. analoge Vorschrift, dass die Auflassungserklärung nur entgegengenommen werden dürfe, wenn der sofortigen Eintragung des Eigentumsüberganges nichts im Wege stehe, nicht enthält, wird der Grundbuchrichter die Entgegennahme einer Auflassungserklärung nicht ablehnen dürfen, auch wenn zur Zeit die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung noch nicht erteilt ist.

Vor der Eintragung des Eigentumsüberganges muss dem Grundbuchamt nicht nur die Erteilung der Genehmigung sondern auch deren Bekanntmachung an die Gegenpartei in einer den Vorschriften des § 29 G.B.O. entsprechenden Form, d.h. durch öffentliche Urkunde, nachgewiesen werden. Liegt die Genehmigung bereits im Augenblicke der Auflassung vor, so wird in der Regel eine stillschweigende „Mitteilung" der Genehmigung anzunehmen, mithin eine besondere Beurkundung der „Mitteilung" nicht zu fordern sein.

[86]) Kammergericht a. a. O.